





مُصْطَفَى الْحَمْدَانِي

استاذ القانون المدني والشرعة الاسلامية  
في كلية الحقوق بجامعة دمشق

الفقه الاسلامي في نوبه الجريد

الجزء الثاني

المَدْخَلُ الْفَقْهِيُّ الْعَمَلِيُّ

وهو بقصم :

- مقدمة تعريفية وتاريخية للفقه الاسلامي وأصوله
- النظريات الكبرى الأساسية في مباني الأحكام الفقهية
- القواعد الكلية مرتبة ترتيباً جديداً ، ومشروحة بإيجاز

طبعة عاشره

مذيلة بفهارس عديدة ، وفهرس أبجدي هام



# الْبَيْعُ الْبَائِلُ

نظرية المؤيدات الشرعية

في الفقه الاسلامي

## الفصل الأول

منشأ المؤيدات ، وتعريفها ، وتقسيمها

(أ) - منشأ المؤيدات

٣٠٧ - الشرائع انما تؤسس لتنظيم علاقات الناس ، ولصيانة مصالحهم العامة والخاصة ، واقامة العدل ، ومنع العدوان بينهم .

ومن أهم خصائص التفريع العملي أنه الرامي يجب أن يخضع له المكلفون ، ويحترموا أوامره ونواهيه ، ويلتزموا الحادة التي خطها لهم في أعمالهم ومعاملاتهم المولدة للحقوق بينهم .

- والمراد بالأعمال جميع الأفعال المادية التي تصدر عنهم ، كالسير ، والكلام ، والأكل ، والشرب ، والركوب ، والاستعمال ، والاستهلاك ، والحيازة الخ .. مما يمكن أن ينشأ عنه حق ولو لم يقصد الفاعل بفعله إلى انشاء هذا الحق ..

- والمراد بالمعاملات التصرفات المرئية : أي التي يقصد بمباشرتها

إنشاء الحقوق أو إسقاطها بين شخصين فأكثر ؛ سواء أكانت من تصرفات الارادة المنفردة ، كالطلاق ، والابراء ، والوقف ؛ أو كانت من العقود ذات الطرفين ، كالبيع والشركة .

٣٠٨ - ففي جميع الأعمال والمعاملات يجب أن يراعى نظام التشريع ، وتحترم أوامره :

( أ ) - ففي الأعمال العادية اذا سار الانسان مثلاً ساعياً في شؤونه وحاجاته يجب أن يتقيد بنظام السير ، وأن لا يتخذ أرض غيره طريقاً . ومن كلم سواء أو تكلم عنه يجب أن لا يجرح كرامته وحرمة باهانة أو سب أو قدح .

ومن أكل أو شرب أو استعمل أو استهلك أو احتاز واستولى يجب أن ينحصر عمله في نطاق ماله وحقوقه ، أو نطاق سلطته وصلاحيته ، فلا يمس في ذلك شيئاً من مال غيره أو حقوقه ؛ وهلم جراً ...

ب ( - وفي المعاملات من العقود وسائر التصرفات المدنية يجب أن يتقيد الانسان بالطرق والمراسم والأشكال وسائر الشرائط التي يحددها التشريع ويوجبها ، لأنه لم يوجبها إلا لمصلحة قدرها الشارع . ولمنع مشكلات يلحظ أنها قد تنشأ من عدم مراعاتها .

فيجب مثلاً في العقد أن يحصل تبادل الارادتين بصورة جازمة واضحة ، وأن يكون العاقد ذا أهلية للعقد ، وأن يكون المعقود عليه

معلوماً ليتمكن التنفيذ وقطع النزاع بلا إشكال ، وأن لا يكون موضوعه عملاً أو أمراً يمنعه الشرع ، وأن يجري وفقاً للراسم الشكلية التي يفرضها التشريع القائم : بأن يكون العقد مثلاً معلناً بحضرة شهود فيها يجب فيه الاشهاد كالزواج ، وأن يكون مكتوباً أو مسجلاً بالطرق المخصوصة فيما يجب فيه الكتابة أو التسجيل كالشركات القانونية والوكالة بالخصومة ، وكبيع العقار اليوم في مثل بلادنا ، وذلك لأن هذه القيود من شرائط ومراسم ، إنما يفرضها التشريع تنظيمياً وضبطاً ، ودفعاً لمخاطر ، ورعاية لمصالح ، فيجب أن يتقيد بها الناس في معاملاتهم كلما أوجب التشريع شيئاً منها في شيء من المعاملات .

٣٠٩ — فلكي يكون التشريع التنظيمي محترماً مطاعاً في أمره ونفيه يجب أن يكون الى جانبه من الأحكام والترتيبات ما يضمن له هذه الحرمة ، ويلجئ الناس الى طاعته . وذلك بأن يرتب الشارع على المخالفة لأمره ما يجعل الطريق المخالف وعر المسالك ، عقيم المساعي ، بحيث لا يجد الانسان الثمرة التي يبتغيها من عمله ومسعاها إلا في سلوك الطرق التي عينها الشارع . وإلا فإن التشريع يكون فاقداً صفته الالزامية ، فيكون عندئذ أشبه بالمواعظ الارشادية منه بالقوة الملزمة ، فتسهل على الناس مخالفته اذا كانت مخالفته كطاعته من حيث النتيجة في تحصيل الثمرة التي يسعى إليها الفاعل .

فتلك الأحكام التي تشرع ، لانتظام علاقات الناس ومصالح الجماعة ، بل لتأييد أصل التشريع الناظم لتلك العلاقات والمصالح ، ولإلجاء الناس الى طاعته في أمره ونهيه ، هي ما تسمى في اصطلاح الحقوق الحديثة : مؤيدات<sup>(١)</sup> . ذلك لأنها تؤيد التشريع ، أي تكسبه القوة اللازمة . وقد تسمى أيضاً : ضوامر ، جمع ضامن ، لأنها تضمن هذه الطاعة للشرع القائم وتكفل بها . وفقهاء الاسلام يسمونها زواجر ، لأنها تزجر عن تنكب جادة الشرع ومخالفة أوامره<sup>(٢)</sup> .

---

(١) - اصطلاح القانونيون في مصر على تسميتها بالجزاء . اما في اصطلاح بلادنا فتسمى : مؤيدات .

والتأييد في اللغة هو التقوية ، ومنه قولهم : أيدك الله تأييداً . وهو مشتق من « الأيد » ( بفتح فسكون ) بمعنى القوة الشديدة ، ومنه ما جاء في القرآن العظيم : « والسبأ بنيناها بأيد » ( ر : المصباح ، ومفردات الراغب ) . ويقال : رجل « أيد » بتشديد الياء المكسورة وزان « سيد » أي قوي . فالمؤيدات التشريعية : هي الأحكام التي تكسب التشريع قوة وتجمعه مهيأ مطاعاً . ويقابلها في اللغة الفرنسية كلمة : sanctions ، ومعناها الجزاء والمكافآت التي تمنع مخالفة القانون وتكفل تنفيذه ( معجم لاروس ) .

(٢) ان الإمام أبي إسحق ابراهيم الشاطبي الغرناطي في كتابه « المواقات في أصول الشريعة » بياناً نفيساً له صلة بهذا المقام نرى أن نلخصه هنا لفائدته . فقد قسم المصالح ، وكذا الأحكام التي تشرع لصيانتها ، الى ثلاثة أقسام : ضروريات ، وحاجيات ، وتحسينات : أي كاليات . وقد تقدم بيانها ( ر : ف/٢٦ - ٢٧ ) ، ثم قال ما خلاصته :

= « ان الضروريات ضربان :



. . . . .

---

= (أحدهما) فيه حظ للانسان عاجل مقصود ، كقيام المرء بمصالح نفسه وعياله في الاقتنيات واتخاذ المسكن واللباس ، وما يستدعيه ذلك من التمتع ، كالبيوع والإيجارات والأنكحة وغيرها من وجوه الاكتساب التي تقوم بها المياكل الانسانية - أي الوجود الانساني - .

(والثاني) ليس فيه حظ عاجل مقصود للكاف ، كالتعليم والجهاد وعدم التعدي على حقوق الغير ، ونحو ذلك من الأمور التي شرعت لمصالح عامة اذا فرض ترك الناس لها انخرم النظام .

وسياسة التشريع الاسلامي في تحقيق طاعة نظامه الذي يرمي الى حمل الانسان على اقامة هذه المصالح أنه :

- في النوع الاول : وهو ما فيه حظ عاجل ، لا يؤكد الشرع على الانسان الطلب بالنسبة الى نفسه - أي لا يرتب عليه ما يقتضيه التأكيد من الضامان للزاجرة عن المخالفة - بل يقف التشريع موقفاً اقرب الى الاباحة منه الى الطلب المؤكد ، كقوله تعالى «أحل الله البيع» ، وقوله «كلوا من طيبات ما رزقناكم» وما أشبه ذلك ، مع أن العالم لا يقوم الا بالتدبير والاكتساب . فهذا الموقف من الشارع كالحالوة على ما في جبلّة الانسان من الدوافع الباعثة على الاكتساب .

- وأما في النوع الثاني : وهو ما ليس للانسان فيه حظ مباشر ، فإن الشرع يؤكد الطلب فيه ويوجهه إيجاباً ، لأنه ليس في طمع الانسان داع اليه يجذبه ويحمل الانسان على فعله ، بل هو على الضد من ذلك - أي إن في نفس الانسان ما يدعوه الى المخالفة - فلذا يؤكد الطلب فيه ، ويحثف عن المخالفة بالزجر والتأديب . وذلك كالنهي عن قتل النفس والزنى والسرقة والخمر وأكل الربا وأكل أموال الناس بالباطل وأشباه ذلك ، لأن الطبع النزاع =

وهي تصل بموضوع حكمة التشريع ، وتعد من أهم مباحثه .

( ب ) — تعريف المؤيدات

٣١٠ — بناء على ما تقدم يمكننا تعريف المؤيدات الشرعية بأنها هي :

كل ما يتبرع من التراير لمحل الناس على طاعة أملاهم  
الشرعية الاصلية .

وبعد ما سبق بيانه يصبح هذا التعريف واضحاً بلا حاجة الى  
ايضاح . فالتشريع الكامل يتضمن دائماً نوعين من الأحكام :

— أملاً أصلياً : وهي التي يتكون منها نظام الشريعة الناظم  
للمصالح والعلاقات والمعاملات ، وتجب حماية حدودها من تجاوز  
الناس عليها .

— وأملاً تأييدية : لأجل حماية تلك الأحكام الأصلية .

فالمؤيدات الشرعية هي الأحكام الحامية .

والنظام الأصلي الذي شرعت المؤيدات لحمايته هي الأحكام المحمية .

فالمؤيدات بالنسبة الى أصل الشريعة كالجيش بالنسبة الى البلاد

---

= بالانسان الى طلب حظوظه ومصالحه ودرء مضرته يدعوه الى الوقوع  
على هذه الاشياء فيحتاج الى الزواجر عنها ، ا « المواقفات »  
بتلخيص وتصرف من النوعين الاول والرابع من أنواع مقاصد  
الشارع : ج ٢ ص ٨ - ١٢ و ١٨٠ - ١٨٣ ) .

ومصالحها : يذود عنها ، ويحمي حدودها ، وينكل بين يتجاوز عليها .  
وإذا فقد الجيش الحامي أو اضمحلت قوته استيحت البلاد وزال  
سلطان الدولة ، فكذا إذا فقدت المؤيدات التشريعية هتكت حرمة  
الشريعة ولم يبق لها سلطان .

### ج) — تقسيم المؤيدات

#### ٣١١ — المؤيدات الترفيية ، المؤيدات الترهيبية

إن المؤيدات الشرعية تنقسم الى نوعين أساسيين متعاكسين ؛  
وذلك بحسب كون المقصود الشرعي بها هو حمل الناس على فعل ، أو  
منعهم عنه .

وهذان النوعان الاساسيان هما : المؤيدات الترفيية ؛  
والمؤيدات الترهيبية ؛

أ) — فعندما يكون غرض الشارع تشويق الناس الى فعل  
مرغوب التحصيل ، وتنشيطهم إليه ، وحملهم على تحمل مشاقه وأعبائه،  
يرتب على الاقدام عليه مكافأة ومنحة ترغيبهم فيه .

وذلك كما تعفي القوانين المالية اليوم المنشآت الزراعية والصناعية  
من الضرائب المطروحة على أمثالها عدة سنوات منذ إنشائها ؛ وكما  
تسن أنظمة لمنح الرواتب المالية التي ترتب المتزوجين من الشباب ،  
وكالتعويضات العائلية التي توظف لهم وتقرر على عدد أولادهم في بعض

الاول ترغيباً في الزواج .

ومن هذا القليل في الاسلام التنفيل المشروع في معارك الجهاد الحربي . والتنفيل هو حق الامير أو القائد في أن يعلن للجند أن من قتل قتيلا من الاعداء فله سلبه ، ترغيباً للجند وتقوية لعزائمهم ، كما فعل النبي عليه السلام في غزوة « حنين » . وعندئذ يستحق كل مجاهد أسلاب قتيله فتكون منحة خاصة له .

ويجري هذا المجرى أيضاً الطريقة التي اوجبها الاسلام في ضربية الزكاة على المواشي ، إذ أخذ فيها بطريقة النسبة النازلة ، لما في تربية المواشي من مشقة ونفع عام يقتضيان التشجيع عليها . فخفف ضربيتها بنسبة تتناسب عكساً مع كثرة ما يقتنيه الشخص منها ، الى أن تثبت الضريبة على نسبة واحدة فيما بعد القدر الذي يستطيع الشخص العادي اقتناؤه والعناية بتربيته .

هذا ، وبما أن الاسلام نظام اصلاحي لنواحي الحياة الثلاث : المروءة ، والملازمة ، والمدنية معاً ، لذلك كانت المؤيدات الترغيبية الأخروية في الاسلام كثيرة جداً ولا سيما فيما يتصل بأعمال الخير ، وإخلاص العمل ، وإصلاح الأحوال ، والتضحيات الواجبة ، وإيثار المصلحة العامة على المصلحة الشخصية الخاصة عند التعارض .

ومن هذا القليل ما جاء عن النبي عليه الصلاة والسلام أن من هم

بحسنة ، ولم يتيسر له فعلها ككتب له حسنة واستحق ثوابها الأخرى عند الله تعالى ؛ ومن ثم بسئته ولم يفعلها لم تكتب عليه شيئاً ( ر :  
« الترغيب والترهيب » ، للحافظ المنذري ، والجامع الصغير للسيوطي  
رقم / ١٧٦٣ ) .

وهذا مؤيد ترغيبى للحمل على نية الخير ، والافلاع عن نية السوء  
قبل تنفيذها .

ب ) - وعندما يكون غرض الشارع منع الناس من مخالفة أمره  
ونبهه يرتب على المخالفة جزاء زاجراً يكون هو المؤيد الترهيبى  
الضامن لمنع المخالفة .

### ٣١٢ - تنوع المؤيد الترهيبى

وهذا المؤيد الترهيبى الزاجر نوعان : تأديبى ، ومدنى ( أى حقوقى ) .  
ذلك لأن حكمة التشريع تقتضى تنويع المؤيد الترهيبى بحسب أنواع  
المخالفات تبعاً لموضوع النظام التشريعى الذى تنتهك المخالفة حرمة .

أ ) - فإذا كان الفعل المخالف من قبيل الجرائم العدوانية التى تخل  
بأمن المجتمع ونظام الجماعة ، فالجزاء المؤيد يجب أن يكون تأديبياً  
بعقوبة قامة ترهب من الاقدام على الفعل المخالف الموجب لها .

وهذا النوع هو المؤيد التأديبى ، أو العقوبة ، ويتألف منه نظام  
العقوبات فى تشريع الدولة .

وهذه العقوبة قد تكون بدنية ، أو مالية ، أو حازجة للحرية كالحبس والتضييق ، أو معنوية كالتهديد بالشخص وتجريسه . وقد تكون مركبة من عنصرين فأكثر .

ومن الواضح أن هذا النوع من المؤبدات لا يضمن منع المخالفات وقطع دابر الاجرام بحيث ينتفي من المجتمع ؛ لكنه كل المستطاع في التشريع ، لأن أفعال الناس المادية لا يمكن السيطرة عليها سيطرة تامة ؛ فقد يقدم الانسان على الجريمة ويفاجئ بها بحيث لا تمكن الحيلولة دونها ، وهو راض بالعقوبة ولو كانت مواتاً .

ب) - وإذا كان الفعل المخالف من قبيل إهمال الشرائط التي يفرضها التشريع في النظام المدني لأنواع معاملات الناس وتصرفاتهم الحقوقية من عقود وغيرها ، فإن المؤبد لمنع المخالفة ينبغي أن يكون حرمان المتصرف من النتائج التي يبتغيها من تصرفه . وذلك بأن يعتبر عمله في نظر التشريع لغوياً ؛ أي مسلوب الحكم والنتيجة ، فلا يكسب صاحبه الحق المطلوب ، ولا يحتاج به أمام القضاء عند الاقتضاء .

وهذا النوع هو المؤبد المدني ، أو الحقوقي ، وينشأ عنه نظرية البطون وتقاربها في التشريع المدني .

ومن الواضح أن هذا النوع من المؤبدات هو أقطع لدابر المخالفة من المؤبد التأديبي ، لأن ترتيب النتائج الحقوقية على التصرفات



ليس هو أثراً مادياً لفعل محسوس ربما لا تتمكن الحيلولة دونه ، بل هو أمر اعتباري منوط باعتبار الشارع . فاذا سلب الشارع عن التصرف المخالف لنظامه الشرعى نتائجها كلها أو بعضها لم يستطع الفاعل بوجه من الوجوه أن يكتسب أمام السلطة القضائية ما نفاه الشارع من الحقوق ما دام القضاء هو المطبق والمنفذ لشرعية الشارع .

### ٣١٣ - درجات الإلغاء

وهذا الإلغاء لحكم التصرف المخالف ليس درجة واحدة :

- (١) - فقد يكون إلغاء كلياً ، وذلك اذا كانت المخالفة لنظام التعامل واقعة في ناحية أساسية . وعندئذ يسمى المؤيد : بطلاناً .
- (٢) - وقد يكون إلغاء جزئياً من بعض الوجوه ، وذلك اذا كانت المخالفة في ناحية فرعية ، وعندئذ يسمى المؤيد : فساراً .
- (٣) - وإذا كانت التصرف يمس حقاً محترماً للغير ، كمن باع مال غيره بلا إذنه ، فإن العقد يكون معيباً في ذاته إذا استوفى شرائطه ؛ لكنه متوقف من حيث الحكم والثمرة حتى يرضى صاحب الحق المسوس أو يرفض ؛ فإن رضى بالعقد نفذ ، وإن رفض بطل وهذا يسمى : ترقفاً ، وهو حماية لحق الغير .

- (٤) - ولذا كانت في التصرف المدني إخلال بالتوازن العقدي الواجب بين حقوق المتعاقدين المتقابلة ، بحيث يكون مظنة لطغيان

مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر دون تحقق رضاه ، فإب المؤيد الضامن لاعادة التوازن أو سلامة الرضى يكون بمنح الطرف الذي تعرضه للضرر خياراً في فسخ العقد إن شاء . وهذا المؤيد يسمى : **تخييراً** ، وهو من مباحث شوائب الإرادة العقدية أو عيوب الرضى . وقد تقدم تفصيله في نظرية العقود ( ر : ف ١٩٢ / ٦ ) .

فعلى هذه الأسس والاعتبارات تنزل في الفقه الاسلامي نظرية المؤيدات الشرعية العامة التي هي من ضرورات كل تشريع ولوازم فكرته .

#### الخلاصة

**٣١٤ -** يتلخص من ذلك أن المؤيدات في الشريعة الاسلامية ، كما في كل تشريع كامل ، تنقسم الى قسمين : المؤيدات **الترغيبية** ، والمؤيدات **الترهيبية** .

والقسم الثاني الترهيبى يتفرع أيضاً الى فرعين :

**الأول -** المؤيدات **التأريية** : وهي العقوبات المشروعة للزجر عن ارتكاب الجرائم .

**والثاني -** المؤيدات **المرنية** أو **الحقوقية** : وهي ما يرتبه الشارع على مخالفة نظام المعاملات من سلخ بعض النتائج أو كلها ، بتجريد التصرف المخالف عن اعتباره الشرعى تجريداً كلياً أو جزئياً ، فيفقد

بذلك كل نتائج المدنية أو بعضها .

وهذه المؤيدات المدنية تتناول أربعة تدابير ، وهي :

البطون ، والنفساء ، والتوقف ، والتغير

وستتناول بالبحث فيما يلي أحكام المؤيدات الترفيهية في كلا فرعها :

التأديبي والمدني . ولكتنا نقنصر في القسم التأديبي على رسم خطوطه  
العريضة الاجمالية وأحكامه العامة بمتهى الایجاز ، لأن موضوع هذا  
الكتاب هو القسم المدني من الفقه الاسلامي ، وإنما نبحت عن  
المؤيدات التأديبية بالتبعية تنويراً للأذهان في بعض نواحيها ، واستكمالاً  
لقروع البحث في نظرية المؤيدات العامة .



## الفصل الثاني

### المؤيدات التأديبية

#### أو نظام العقوبات

٣١٥ — إن المؤيدات التأديبية في الشريعة الاسلامية : وهي

العقوبات الزاجرة ، تنقسم الى نوعين أساسيين :

( الأول ) — عقوبات مفردة : وهي التي حددها وقدرها الشارع نوعاً ومقداراً بالنص الصريح ، ولم يترك لولاية الأمر رأياً في التصرف بأنواعها ومقاديرها ، لما للجرائم التي توجبها من خطر اجتماعي في نظر الشارع . وتسمى أيضاً : عقوبات نهيية : نسبة الى نص الشارع .

( الثاني ) — عقوبات مفوضة : وهي التي لم يحدد التشريع الاسلامي في شيء منها نوعاً ولا مقداراً معيناً ، بل فوضها لولاية الأمور . فيعاقبون المجرمين في كل جريمة بما يرونه متكافئاً معها ، وكافياً للجرم والاصلاح . وهذا يختلف في نوع العقوبة وقدرها بحسب الأزمنة والأمكنة والأشخاص ودرجة التهذيب الاجتماعي . ولذا فوضه الشرع الى ولاية الأمور : أي الى السلطة الحاكمة .

وهذه العقوبات المفوضة تسمى في لسان الفقه الاسلامي : تمزيراً : وستكلم بإيجاز على كل من هذين النوعين في فرع على حدة .

# الفرع الأول

## العقوبات المقدرة

٣١٦ — ان العقوبات المقدرة النصية في الشريعة الاسلامية  
صنفان : المحرود ، واقصاص .

## البحث الأول

المحرود<sup>(١)</sup>

٣١٧ — فالحدود خمس عقوبات : وهي : حد الزنى ، وحد  
القذف<sup>(٢)</sup> ، وحد السرقة ، وحد الحراية<sup>(٣)</sup> ، وحد شرب الخمر .

- 
- (١) -- الحدود : جمع « حد » ( بفتح الحاء وتشديد الدال )  
وهو في اللغة مصدر بمعنى المنع . وبأقاي أيضاً اسم شيء بمعنى الحاجز المانع  
وسميت هذه العقوبات شرعاً بالحدود لأنها تمنع الناس عن الجرائم الموجبة لها .
- (٢) — القذف في اللغة : الرمي . وفي اصطلاح الشرع : هو أن يرمي  
الشخص غيره بالزنى ، كقوله : يا زانية ، او يا زانية ، او لست لأبيك ، فان  
هذا القول الأخير قذف لأم الخطاب
- (٣) — الحراية : ( بكسر الحاء ) : هي قطع الطريق للسلب والنهب والقتل .

والحدود الأربعة الأولى جاء بها القرآن أما حد شرب الخمر فلم يذكر في القرآن وإنما جاءت به السنة .

وهذه الحدود كلها عقوبات بدنية ، أذاها الجلد بالسوط ، وأعلاها القتل :  
( أ ) — فحد القذف ، وحد شرب الخمر : ثمانون جلدة مفرقة على نواحي البدن سوى المقاتل ، بسوط متوسط .

( ب ) وحد الزنى مائة جلدة ، وهو ما ورد به القرآن . وقد ورد في السنة أيضاً رجم الزاني بالحجارة اذا كان محصناً .  
والمقصود الأساسي بالإحصان هنا أن يكون الشخص متزوجاً مع الدخول .

ومما يشترط ليكون الشخص محصناً بالزواج أن يكون حراً عاقلاً بالغاً ، وأن يكون الزوج الآخر أيضاً حراً .

( ج ) — وحد السرقة : قطع اليد من الرسغ .  
( د ) — وحد الحرابة هو ما فصله القرآن العظيم في سورة المائدة ( ٣٦/٥ ) بقوله :

« إنما جزاء الذين يجاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلافٍ أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ، إلا الذين تابوا من



قبل ان تقدرُوا عليهم فاعلمُوا ان الله غفور رحيم .  
فقل في تفسيرها : يتخير الامام بين هذه العقوبات الأربع في حق قاطع الطريق ، كما يفيد ظاهر الآية ، مع ملاحظة أن الامام يجب عليه أن يختار ما تقتضيه مصلحة القمع والجزر ، فلا يتساهل باختيار أدنى العقوبة لأشد حالات الجريمة .

وهذا تفسير يفسح مجالاً لمراعاة ظروف الحال في تطبيق العقوبة .  
ولكن الرأي الفقهي السائد أن هذا التفصيل موزع على الحالات :  
— فالقتل هو لقاطع الطريق اذا كان قاتلاً .

— والتصليب مع القتل هو لمن قتل وسلب المال .

— وقطع اليد والرجل من خلاف ( أي اليد اليمنى والرجل اليسرى ) هو لمن أخذ مالا يعادل نصاب السرقة دون أن يرتكب قتلاً .  
ويشترط للقطع أن تكون أطرافه الأخرى سليمة كي لا يبقى عديم المنفعة .

— والثني لمن قبض عليه قبل أن يباشر قتلاً أو سلباً .  
وهذا هو الاجتهاد الحنفي أيضاً ، وقد فسروا هنا الثني من الأرض بالحبس ، باعتبار أنه إبعاد عن الحياة في البيئة الاجتماعية .  
( ر : أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص وتفسير الفخر الرازي )  
وتوبة قاطع الطريق قبل القبض عليه تسقط عنه الحد . ولكن

إذا كان قاتلاً يجري عليه حكم القصاص الآتي بيانه ، وإن كان سالماً  
يجب عليه رد المال المسلوب أو ضمانه .

وهناك بعض شرائط تفصيلية تعرف بالرجوع الى ما قرره الفقهاء  
في باب قطع الطريق ( ر : رد المختار ٣/٢١٢-٢١٥ ) .

### ٣١٨ - شرائط الجرائم الموجبة للحدود :

والجرائم الموجبة للحدود يشترط في صفة كل منها وكيفية وقوعها  
لكي يجب بها الحد شرائط عديدة اختلفت فيها الاجتهادات . وهي  
مفصلة في مواطنها من كتب الفقه : فحد السرقة مثلاً من جملة شرائطه :  
أن يكون المسروق نصاباً معيناً من المال ، وأن يؤخذ خفية من حرز  
حريز ، فيخرج عنه الغصب ، والأخذ جهراً ، وجحد الوديعة أو العارية .

### ٣١٩ - تأثير الشبهات في درء الحدود :

ويشترط أيضاً في الحدود جميعاً بوجه عام أن لا يكون لمرتكبها  
شبهة تجعل له شبه معذرة أو تقتضي تخفيف مسؤوليته ؛ كما لو زنى أو  
سرق أو شرب الخمر جاهلاً بالتحريم ؛ أو سرق الدائن من مدينه ما يعادل  
دينه ولو كان الدين مؤجلاً ؛ أو سرق أحد الزوجين من الآخر ؛ أو  
سرق الشخص من أحد أقاربه المحارم ، لأن الخلطة بينهم عاقدة دخول  
بعضهم بيوت بعض يجعلان شبهة في تحقق شريطة الحرز .

ومرجع ذلك الى قول النبي عليه السلام « ادروا الحدود المحرود بانتهات » .  
وقال أيضاً :

« ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فان وجدتم للفلم  
خروجاً فخلوا سبيله ، فان الامام لأن يخطئ في القو خير من أن  
يخطئ في العقوبة » .

( ر : الجامع الصغير للسيوطي : رقم / ٣١٣ - ٣١٤ ) .

ومعنى هذا أنه يراعى عند الشك جانب المتهم . وهذا ما أقرته  
نظريات الفقه الجنائي الحديث وقوانينه .

وقد توسع فقهاؤنا في نطاق الشبهة المسقط للحدود نظراً لدلالة  
الأثار المروية عن النبي عليه السلام في ذلك ، حتى قالوا : ان مجرد ادعاء  
الشبهة في مظنتها من مرتكب الجريمة الموجبة للحد يسقط الحد دون  
حاجة الى اثبات تلك الشبهة المدعاة ( ر : الدر المختار ١٥٠/٣ ) .

٣٢٠ - شرط الاثبات في هذه الجرائم :

ويشترط أيضاً في اثبات هذه الجرائم الموجبة للحدود أمام القضاء  
شرائط خاصة تختلف في بعضها عن بعض وتزيد عما يشترط في إثبات  
غيرها من الحقوق . وهي مفصلة في مباحث الشهادات من كتب الفقه .  
وجريمة الزنى بصفاته وشرائطه الموجبة للحد عسيرة الاثبات جداً ؛  
ولا سيما ان مدعيها اذا لم يتمكن من إثباتها يعتبر قاذفاً ، ويحد حد

القذف ، إلا اذا كانت زوجاً وأصر على تهمة لزوجته وعجز عن  
الاثبات ، فلا يحسد حد القذف ؛ بل يجري التلاعن بينها أمام القضاء  
بطلب المرأة ، ونتيجة اللعان تفريق القاضي بين الزوجين المتلاعنين .  
واللعان أيمان معينة متعددة يقسمها الرجل أمام القاضي على صدقه  
في اتهامه لزوجته بالزنى ، وتقسم نظيرها المرأة على كذبه .

٣٢١ — ومتى ثبتت هذه الجرائم يثبتانها المقبولة شرعاً ووجب  
حدودها لا يجوز فيها عفو من المجني عليه ، ولا تسامح من ولي الأمر  
الحاكم ، لأنها من حقوق الشرع التي تسمى : مفروء الله ، إذ تتعلق  
بأقامتها صيانة ناحية أساسية من نظام المجتمع الاسلامي ، وهي حفظ  
الضروريات الخمس : الدين ، والنفس ، والنسل ، وللعقل ، والمال .  
إلا أن حد القذف من بين هذه الحدود يفترق عن سائرهما بأن  
الاجتهادات الاسلامية تكاد تكون متفقة على أنه ليس حقاً خالصاً  
للشرع بل فيه حق شخصي وحق شرعي . ولذلك يشترط في اقامته  
الادعاء الشخصي من المذدوف لو حياً ، أو من أحد أصوله أو فروعه  
ان كان المذدوف ميتاً حين القذف ، ويسقط الحد بعفوم<sup>(١)</sup> .

---

(١) يقول الأستاذ الهامي الدكتور صبحي الحمصاني في بحثه عن العقوبات  
في الشريعة الاسلامية ما نصه :

ولا بد من التذكير ثانية بأن العقوبات لا يمكن أن توزن بميزان  
واحد ثابت ؛ بل انها مرتبطة بالوقت والمكان والدين وضعت

= وطبقت فيهما . وإذا كان قسم منها لا يروق بعض الناس اليوم فليس معنى ذلك انه غير صالح حتى اليوم الحاضر .

فقط يد السارق ، كغيره من الحدود ، لا يطبق الا بعد التروي والتدقيق وبلوغ الحاكم ، ويسقط بالشبهات ولا ريب في انه كان ضروريا في المجتمع العربي ، وأنه لا يزال نافعا ومفيداً في كثير من الاقطار اليوم . يؤيد ذلك ما يردنا من أخبار البلاد المجازية أن السرقه أصبحت نادرة فيها بعد ان اوجبت الحكومة السعودية تطبيق العقوبة الاسلامية .

( انظر كتاب « يقظة العرب » لجورج انطونيوس ، تعريب الاستاذ الركابي من دمشق ص ٣٧٩ / وما بعدها ) .

والخير في الامور الجزائية يميز بان مثل هذه العقوبة ضرورية للصوص المحترفين في ايامنا الحاضرة متى ثبت ان العقوبات المعصية لا تؤدي الى المقصود منها .

فما بالك بلس شهر عرفت تو الى عليه الاحكام وهو يفتخر بحيله الموصية ، ثم اذا خرج من السجن لا يلبث ان يعود دون تردد ؟ فهل يضير المجتمع الانساني ان يخسر هذه اليد الاليمية ، ويمنع صاحبها من التكرار والاستمرار ، ويحجز به غيره ؟

وهل تعد الهينة الاجتماعية قاسية اذا حمت نفسها بهذه الصورة اضطراراً ويأساً من تأديب أمثال من ذكر ؟

انا ادعي بعض الخبرة بذلك ( اخصها قضاء سبع سنوات امضيها في التحقيق الجزائي ببيروت ) ، وانا مقتنع بما قلت .

اما عقوبة الجلد والضرب التي اسمها بعضهم « الموضه » عند =

هذا ويجب التنبيه الى أمر هام ، وهو أن سقوط الحد معناه سقوط نوع عقوبته الخاصة لا سقوط الحق العام في أصل العقاب . فسقوط الحد لا ينافي معاقبة الفاعل بعقوبة أخرى أخف من الحد على سبيل التعزير اذا كان سقوط الحد لشبهة يبقى معها الفاعل مستحقاً للتأديب .

فالحدود في نظر علماء الشريعة الاسلامية فيها حقان :

— حق الجماعة العام في أصل العقاب للتأديب والانزجار عما يتضرر به العباد من أنواع الفساد .

— وحق الله تعالى : أي حق الشرع في نوع العقوبة المقدره .

= محمد (ﷺ) فهي « الموضة » عند غيره أيضا من تمتدني اليوم ففند  
الانكليز الى اليوم ، على حظهم من الرقي والتقدم ، يحكم بالجلد على العوص  
والمشردين وبعض المجرمين الاحداث ، وعلى غيرهم في احوال اخرى  
عديدة ( ترى ام هذه الاحوال في كتاب مبادئ وتطبيق القانون الجنائي  
principles and Practice of the criminel Law تأليف  
هاويس S . Harris ، لندن ١٩٢٦ ص / ٤٢٠ )

وانا ارى من الصواب ابقاء هذه العقوبة في القوانين العصرية

لتأديب تلك الفئة المجرمة التي لاتنفعها العقوبات الخفيفة ، ا هـ

( عن كتاب « النظرية العامة للوجبات والعقود في الشريعة الاسلامية »

للاستاذ الحمصاني المشار اليه ج ١ ص / ١٢٠ - ١٢٠ / باختصار يسير ) .



( ر : رد المختار ، أول الحدود ٣/١٤٠ نقلاً عن شرح  
الاشباه للبيروني ) .

فسقوط نوع العقوبة لا يستلزم سقوط أصلها الذي يتعلق به حق  
عام لمصلحة الجماعة . وهذا نظير ما سيأتي في القصاص ( ر : ف ٣٣٠ )

## الْبَيْتُ السَّانِي

### القصاص

٣٣٣ - القصاص ( بكسر القاف ) في اللغة مأخوذ من  
اقتصاص الأثر بمعنى اتباعه وتعقبه . ثم غلب استعماله في معنى قتل  
القاتل لما فيه من تتبع أثر الدم بالعقاب ( ر : المصباح ، ومفردات  
القرآن للراغب الأصفهاني ) .

ويسمى القتل على سبيل القصاص أيضاً : قوداً ( بفتحين )<sup>(١)</sup> إذ  
كانت العادة أن يقاد القاتل بجبل أو نحوه إلى القصاص ( ر : رد  
المختار ٥/٣٤٠ ) .

والقصاص في لسان الشرع هو :

معاقبة الجاني على جريمة القتل أو القطع أو المرح عمداً بمنتهى .

---

(١) يقال : أقاد الحاكم القاتل بالقتيل ، إذا قتله به قوداً : أي قصاصاً  
واستعدت الحاكم من القاتل ، فأقاده منه : أي اقتص لي منه . ( المصباح ) .

وقد جاء القرآن العظيم بشريعة القصاص في النفوس<sup>(١)</sup> بقوله تعالى :  
« يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى »  
ثم بين حكمته وثمرته الاجتماعية بقوله :

« ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون »  
فأفاد أن نماء الحياة الاجتماعية الطيبة بمحقن الدماء وصور النفوس  
والأجسام من العدوان يتوقف على القصاص الذي فيه تحقيق للعدالة  
الكاملة ، وحماية للبيئة الانسانية من أن يستهان بالعدوان عليها ، كي يعلم  
المعتدي على حياة غيره أو جسمه أنه كأنما يعتدي في النهاية بنظير ذلك  
على نفسه عن طريق القصاص . فعندئذ يتسبب الاقدام على هذا الجرم  
الهدام حرصاً على نفسه . وان الواقع المستمر ينبئ بأن كل العقوبات  
غير المتكافئة مع هذه الجريمة الفظيعة من حبس أو تغريم أو غيرهما إنما  
تسهل ارتكابها ، لا طمئتان المجرم الى أنه سيكون في النهاية سليماً راتعاً  
بممتعاً ، كما أنها أيضاً تبقى في النفوس حزازتها ، فتحمل أهل القتل على  
تبئيت فكرة الانتقام الشخصي ، فتكون للجناية ذبول جرارة .

فن فقت عينه أو قطعت يده عمداً وعدواناً من معتد جان أقيم

---

(١) - أما قصاص الاعضاء قد اختلف العلماء في مصدر ثبوته هل هو  
القرآن او السنة ؟ وسبب الاختلاف ان الآية القرآنية التي تضمنته اما تحكي  
عما شرعه الله في التوراة .

كيف يطبق أن يرى الجاني يخلق بعينين ، أو يتمتع بيدين !!  
وفي الجاهلية كان قتل شخص يؤدي الى إفناء قبائل بأسرها ثاراً ،  
فجاء نظام القصاص علاجاً شافياً واقعياً مانعاً من التجاوز .

ولذا قيل — كما ترى بعض النظريات الأجنبية الحديثة — إن  
الجناية على الانسان تهديم للبنية الانسانية يجب أن نرغم فيه ما تهدم  
بقدر الامكان ، لا أن نضيف اليه تهديماً آخر نفعله بإرادتنا قصاصاً ،  
فالجواب أن التهديم التالي لا يجتنب بترك القصاص بل يردد ، ولكن  
بأيدي الناس أنفسهم ، وبصورة غير عادلة . فخير لنا أن نتفادى التهديم  
الكثير الجائر الذي تحدثه الفوضى بالليل الذي توقعه أيدي العدالة على  
سبيل العقاب المماثل الذي لا سبيل للوقاية إلا به ، فانه لا يمنع الراي  
شيء كيقينه بأن سهمه سينعكس الى صدره ( ر : ف / ٣٣٦ ح ) .

#### ٣٣٤ — أنواع القصاص وشرائطه :

يتضح من تعريف القصاص أنه نوعان :

قصاص في النفس ، وذلك في جريمة القتل ؛ وقصاص في الاعضاء  
وذلك في جريمة القطع والجرح .

وشترط في الجناية بوجه علم لتكون جريمة موجبة للقصاص شرائط  
ثلاث : العدوان ، والعمد ، وامتناع المماثلة بين المجرم وقصاصه<sup>(١)</sup> :

---

(١) — ومن هنا يسمى القصاص « امتثالاً » فيقال في اللغة أمتل الحاكم =

— فإذا انتفى العدوان فلا جريمة ولا قصاص ؛ كالقتل بحق في الدفاع المشروع .

— وإذا انتفى العمد كان خطأ ، وموجه ضمان مالي لا قصاص كما سئرى .  
وقد يستوجب عقوبة خفيفة على التقصير في الاحتياط ، أو عدم الانتباه .  
— وإذا لم تكن المماثلة ممكنة أو كانت مشكوكاً في امكانها بأن كان يخشى أن يزيد القصاص على الجناية في الكيفية أو الكمية انتفى القصاص أيضاً ، وانتقل الحكم الى عقوبة تعزيرية غير مقدرة ، مع الضمان المالي الآتي بيانه ( ر : ف / ٣٢٧ ) .

٣٢٥ — وشريطة المماثلة هذه تتجلى نتيجتها في قصاص الأعضاء ، فإنه لا يجري إلا فيما يمكن فيه تحقيق هذه المماثلة كفقء العين ، وقطع اليد من المفصل<sup>(١)</sup> ، وقلع السن ، بخلاف نحو كسر العظم وقطع اليد من غير المفصل لعدم امكان ضبط القصاص بحيث لا يزيد عن الجناية في نتيجته او في المضاعفات التي قد يؤدي عادة اليها .  
وكذلك مثلاً لا تقطع يد سليمة قصاصاً بيد سلاء لعدم التساوي في منفعتيهما .

---

= من فلان لفلان اذا اقتص له منه .

(١) — ويلتزم أن على الحاكم اتخاذ تدابير حسم الدم بالطرق الطبية الممكنة .

وشريطة التماثل هذه قد اختلفت المذاهب الاجتهادية كثيرآ في حدودها .  
ومن ثم كانت الأحوال المتفق على جريان قصاص الأعضاء فيها  
ضيقة جداً ، وأضيقتها ما في الاجتهاد الحنفي . ولا يقتص فيها إلا بعد  
برء المجني عليه لتعرف نتيجة جراحته .

أما قصاص النفس فالاجتهاد الحنفي فيه أوسع الاجتهادات في  
شرطة التماثل هذه . فهو يرى جريانه بين جميع الأنفس المعصومة عصمة  
مؤبدة دون تمييز بسبب حرية أو جنس أو دين ، متى كان القتل عمداً  
عدواناً ؛ فيقتل الحر بالعبد ، والرجل بالمرأة ، والمسلم بغير المسلم ،  
والعاقل بالمجنون ، والكبير بالطفل الوليد ، والجماعة بالواحد ،  
للتساوي في حرمة الشخصية الانسانية .

( ر : بداية المجتهد : ٢ / ٣٣١ - ٣٤٢ / ورد المختار : ٥ / ٣٤٢ - ٣٤٤  
و / ٣٥٣ - ٣٦٠ ) .

٣٣٦ - معنى العمد :

ومعنى العمد شرعاً في هذا المقام هو مجرد القصد الى الجناية  
الواقعة ولو لم يكن هن سابق تصور وتصميم . فالعمد في القتل أن  
يقصده القاتل المعتدي بوسيلة وصورة تفضيان اليه ، ويموت المجنى عليه  
من ذلك . فهذا يكفي في استحقاق الجاني عقوبة الموت قصاصاً ، سواء  
أكلن ميئاً في نفسه فكرة الجريمة وعازماً عليها بسابق تصميم وإعداد ،

أو كان قصده اليها آتياً مرتجلاً حين ارتكابها<sup>(١)</sup>.

(١) - يقول الأستاذ المحقق الدكتور صبحي المحمصاني في بحثه عن القصاص:

« والعمد في القتل معناه القصد ولو لم يكن فيه سبق تصور وتصميم وعقوبته القصاص في الشرع الاسلامي ، وفي كثير من الشرائع القديمة والحديثة . وكذلك في القانون الانكليزي لا يشترط التصور والتصميم السابق في قتل للقصد لاستحقاق عقوبة الاعدام .

( راجع كتاب هاريس ، قانون العقوبات : ص/١٤٧ )  
ونحن نرى ان هذا عدل وأي عدل ، بل نراه ضرورياً لأجل تقليل جرائم القتل ، ولأجل حماية الناس في المجتمع .  
ولكن بعض القوانين الجزائية ، ومنها القانون العثماني القديم ، ( م/١٧٠ ) والبناني الجديد ( م/٥٤٩ ) اشترطت لاعدام القاتل ان يكون العمد بمعنى سبق التصور والتصميم ، اه  
( عن كتاب « الموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » للاستاذ المشار اليه ١/١٤٩ ) .

اقول :

ان قانون الجزاء العثماني ، والقانون اللبناني ، قد جرى واضعهما في ذلك وقلدوا القانون الفرنسي وبعض القوانين الاجنبية الاخرى بلاجة سوى التأثر ببعض النظريات الاجنبية العشواء الجامعة . وبناء على ذلك ميز القانون بين العمد والقصد فاشترط في العمد لاستحقاق الاعدام قبيح العزم على الجريمة في نفس الجاني بتصور وتصميم سابق . أما اذا قصد القتل بعزيمة آتية مرتجلة فيكون قصداً لامداً .

وقد جعل القانون عقوبة القتل قصداً حبس خمسة عشر عاماً . وبذلك قبح =

٣٢٧ - وكل جناية بغير حق على نفس أو جسم إذا امتنع فيها القصاص لانتفاء بعض شرائطه يستحق فاعلمها التعزير بعقوبة غير مقدرة ، بل مفوضة الى رأي السلطان بما يراه كافياً لاصلاح الجاني ، ( نظير ماسبق بيانه في عقوبة الحدود ف / ٢٢٢ ) . ويجب عليه فيها ضمان مالي : دية أو أرش ، أو حكومة عدل ؛ وذلك بحسب نوع الجناية<sup>(١)</sup> .

== مجالاً لانتشار جناية القتل : أوسع نطاق لأنه الاسباب . واصبح كل مجرم سفاك يتهدد من يشاء علناً بأنه « سيقتله وينام خمسة عشر يوماً على جنب واحد » !! ومن المؤسف ان قانون العقوبات السوري الجديد الذي صدر الآن في ٢٦ / من شعبان سنة ١٣٨٦ هـ = ٢٢ من حزيران سنة ١٩٤٩ م / قد أخذ واضعوه أيضاً بهذه النظرية الخاطئة في التمييز بين العمد والقصد ، في المواد / ٥٢٣ - ٥٣٥ / منه . ولم تكف تجارب ( ٩٥ ) سنة في ظل القانون السابق العجائفي التعريف بأن هذا التمييز كان العامل الاكبر في جعل جريمة القتل اهلون على اصحابها من شرب الماء ، ولا سيما مع آمال المجرمين المبنية على الواقع المستمر في انه قلما يقضي سجين كل مدته دون ان يسقط عنه جانب كبير منها بالعفو المتكرر في شتى المناسبات الوطنية الكثيرة ، فيخرج القاتل يسعى كالأفعى أمام أهل فريسته التي يذهب دمه كالقدر !!

ولكم دعت هذه النتائج الى أن يعمد أهل القتل الى الانتقام بأيديهم . وكل ذلك من جراء استبدال القانون في قتل القصد عقوبة حبس موقت بدلا من القصاص الشرعي الذي قال عنه القرآن الحكيم : « ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون » .

( ١ ) - على أن قتل الخطأ قد اوجب فيه القرآن ، علاوة على هذا التعويض المالي ، جزاء تعديدا آخر من قبل المؤيد الديني يسمى « كفادة » . =

— فالدية ( بكسر ففتح ) هي : ما يؤدى من المال بدلاً عن النفس .  
 — والورسى ( بفتح فسكون ) هو : ما يؤدى بدلاً عن الاعضاء .  
 أي أنه دية العضو . وكل من دية النفس ودية العضو محدد المقدار شرعاً .  
 — أما مكومة العزل فهي : ما يقدره الحاكم بمعرفة الخبراء العدول من تعويض مالي عما ليس فيه دية مقدرة شرعاً من جرائم العدوان على الجسم ، من جرح وتعطيل وغيرهما .  
 وهذه العقوبات المالية تنطوي أيضاً على معنى تعويض ضرر للمجني عليه أو لورثته .

### ٣٢٨ — طريقة تغية القصاص

لا عبرة في القصاص لما يكون قد فعله الجاني القاتل من تعذيب للقتيل أو تمثيل به ، بل يقتصر في القصاص على إماتة القاتل بقطع عنقه ضرباً بالسيف . وهذا هو الاجتهاد الحنفي والحنبلي .  
 ولا يوجد مانع شرعي من استعمال ما يظهر من وسائل أخرى اذا كانت مساوية للسيف كالمقصلة ، أو أسرع وأسهل قتلاً ، فيعود الى السلطة الحاكمة أمر اختيار الوسيلة مما لا عنف فيه ولا تعذيب ولا وحشية ، عملاً بقول رسول الله عليه الصلاة والسلام :

---

= والكفارة عبارة عن اعتاق رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وهي واجب دياتي لاسلطان عليه للقضاء ، بل هو متروك لائمة الانسان ، تكفيراً ، أي تغطية لذنوب التقصير الذي لا تخلو عنه الخطأ ، وتطهيراً للشخص منه .



« ان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فاذا قتلتم فأحسنوا الميتة ، واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة » (١)

٣٢٩ — ويحق لولي الدم الشرعي ، ان شاء ، أن يكون هو الجلاذ الذي يكلف من قبل صاحب السلطان بتنفيذ حكم الاعدام على القاتل المحكوم عليه تحت اشراف السلطة المنفذة .

وأولياء الدم هم الورثة على ترتيب الارث والحجب ، حتى الزوجان . وهذا تدبير أشفى لألم المصاب دون ضرر بالمحكوم عليه أو النظام الاجتماعي ، إذ لا بد من جلاذ لتنفيذ حكم الاعدام ، فليكن هو ولي الدم ان شاء .

وفي هذا أيضاً من السياسة الشرعية أسلوب حكيم ؛ فكما أنما أشفى لألم المصاب هو أيضاً أدعى لرحمة ولي الدم وإشفاقة من التنفيذ ، فلعله عندما يقف بنفسه موقف الجلاذ يتيب اراقة الدم فيعفو ؛ وعندئذ يسقط حق القصاص ، وينتقل الحكم إلى عقوبة نفوذة الرأي إلى الحاكم غير مقدرة ، كما سبق ( ف/٣٢٧ ) وكما سنرى فيما يلي .

هذا حكم الاسلام بحق ولي الدم في تنفيذ القصاص ، لا كما يرم بعض الدسائسين أو الجاهلين أن الشريعة الاسلامية توجب تسليم القاتل إلى ولي الدم يفعل به ما يشاء !!

---

(١) - ر: الجامع الصغير للسيوطي ، الحديث /١٧٦١/ وشرحه المنائوي .

والقتلة ، والذبحة ( بكسر فكون فيها هي الصورة والكيفية في القتل والذبح .

المدخل الفقهي (٤٠)

٣٣٠ — منه القصاص ومن ولي الدم في العفو :

يختلف القصاص عن الحدود في ناحية أساسية : هي أنه قد شرع فيه للمجني عليه ثم لأولياء دمه حق العفو ؛ ويسقط القصاص بعفوهم . أما في الحدود فالعفو ممنوع .

ومن ثم اعتبر الفقهاء أن القصاص ينطوي على حقين في العقوبة : — من عام للشرع في أصل العقاب ، زجراً للأثام ، وضماناً للأمان في المجتمع .

— ومن خاص للمجني عليه في نوع العقاب أن يكون قصاصاً للجاني بمائلاً لجنايته . وهذا الحق ينتقل عن المجني عليه إلى أولياء دمه ، وهم الورثة .

ومن ثم كان القصاص ( أي العقاب النوعي ) يتوقف الحكم به وإنفاذه على الادعاء والطلب من صاحب الحق الخاص ، فإذا عفا عن القصاص سقط ، لأن هذا النوع من العقوبة هو حقه ، فيبقى الحق العام الشرعي للسلطة الحاكمة في عقاب الجاني بما تراه كافياً للردع . فتصبح عقوبة الجناية عقوبة تفويضية غير مقدرة ، فتدخل عندئذ في حظيرة التعزير الآتي بيانه .

فإذا لم يكن للقتيل وارث كان حق القصاص إلى الحاكم يستوفيه باسم العامة ، وليس له العفو لأنه ضرر بهم ( ر : رد المحتار ٥/٣٤٦ ) .

وبذلك تكون الشريعة الاسلامية قد انتهجت نهجاً وسطاً في أمر القصاص الذي اختلفت فيه الشرائع تشدداً وتساهلاً لما له من خطر .

٣٣١ — على أن الاجتهادات في هذه الناحية مختلفة ، فقد ذهب بعضها الى أن عفو ولي الدم مسقط للعقوبة مطلقاً . وعلى هذا يكون الحق العام للشرع في عقوبة القاتل تابعاً للحق الخاص فيها . وهذا ما أؤم أناساً اليوم أن هذه الشريعة العظمى قد قصرت عن إدراك فكرة الحق العام في عقوبة القتل !!

وهذا خطأ كبير ، فإن أحد الاجتهادات المختلفة لا يمثل حتماً نظرية الشريعة ، اذ لا يتعين به الصواب في فهم نصوصها ، وانما يمثل رأي صاحبه في الناحية المختلف فيها .

والصواب في هذه القضية ما عليه الاجتهادات الأخرى مما اوضحناه آنفاً : أن حق ولي الدم انما هو في نوع العقوبة . اما اصلها فحق الشرع لا يسقطه عفو المجني عليه او وليه ، لأن سقوط نوع العقوبة لا يستلزم سقوط أصلها ، كما تقدم ( ف / ٣٢٣ ) .

هذا ما تشهد له قواعد الشريعة ومقاصدها العامة التي يجب تنزيل النصوص الخاصة على منازلها منها . ولذا لو لم يكن للقتيل وارث كان حق القصاص الى الحاكم وليس لهذا الحاكم حق العفو كما نقلناه آنفاً .

وان نصوص الفقهاء صريحة مستفيضة في ان القصاص يشتمل على حق خاص للشخص ، وحق عام للشرع ( ر : كشف الاسرار شرح أصول البزدوي ١٦١ / ٤ ) .

ومن المقررات البديهية في فقه الشريعة أن حقوق الشرع العامة لا تسقط باسقاط أحد . ولذا لا يسقط حد السرقة مثلاً بعفو المروق منه ، وكذا غيره من الحدود ، لأنها حق عام .

وسنرى قريباً أن العقوبة التعزيرية على الضرب والشم ونحوهما اذا عفا فيها المعتدى عليه لا يكون عفوهُ في نظر الفقهاء مسقطاً لحق السلطان في عقاب الفاعل بما يكفي للتأديب والزجر باسم المصلحة العامة ( ر : ف / ٣٣٦ ) ففي جناية القتل يكون ذلك بطريق الأولوية .

ثم ان الاجتهادات التي اتجهت هذا الاتجاه السديد قد اختلفت بعد ذلك في تحديد عقوبة القاتل أو تقويضها اذا عفا عنه ولي القصاص . فذهب مالك والليث بن سعد وأهل المدينة الى أنه يعاقب بعد العفو عنه بالجلد والسجن . وحجتهم في هذا التحديد أنه المروي عن عمر ابن الخطاب .

وذهب غيرهم الى أن عقوبته بعد العفو مفضضة للامام فيما يراه كافياً من العقوبات .

( ر : بداية المجتهد ، آخر بحث موجب القصاص ٣٣٨ / ٢ والمغني

لابن قدامة الحنبلي ٤٦٨/٩ ) .

وهذا الرأي الأخير هو مقتضى قواعد المذهب الحنفي<sup>(١)</sup> .

(١) -- يقول الاستاذ الكبير الشيخ عبد الوهاب خلاف استاذ الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة في محاضرة له عنوانها ( الشريعة الاسلامية مصدر صالح للتشريع الحديث ) مانصه :

« النظرية الشرعية في هذا - اي حق ولي القتل في العفو عن القصاص - مبنية على ان جرمية القتل وقعت على الجاني عليه وذويه وعلى الهيئة الاجتماعية وقوانينها . ولهذا كان عقاب القاتل حقاً لها وهذا معنى قول الاصوليين : « القصاص فيه حق العبد وحق الله » وبناء على هذا اذا ثبت القتل العمد العدوان وطلب ولي المقتول القصاص من القاتل وجب القصاص منه . واما اذا عفا - قطع حقه في القصاص ، ولكن لم يستطع حق الحكومة في عقاب القاتل بما تراه . ورأيي ان النظرية الاسلامية في هذا هي النظرية القطوية التي تؤيدها غرائز الناس لأن الجاني عليه وأولياءه وقعت عليهم الجريمة مباشرة ، فليس من العدل إهمال جانبهم ، بل العدل مراعاة شعورهم : فان طلبوا القصاص كانت فيه شفاء صدورهم وإطفاء نار حقدهم . وان طلبوا العفو كان طلبهم جديراً بالنظر والتقدير ، لأنه لا بد من ضرورة دعوتهم اليه .

واسقاطهم حقهم لا يمنع الحكومة من استيفاء حقها بعقاب القاتل انتقاماً للمجتمع ونظمه .

وأما النظرية التي بنيت على ان الجريمة وقعت على المجتمع وحده ، ولا نظر الى شخص الجاني عليه ، فهي نظرية خيالية بعيدة عما فطرت عليه النفوس ، ومن العدل ان نزاعي جاني اولياء المقتول والحكومة التي نثلها النيابة العمومية ، وفي هذا توفيق الثوريين . اهـ =

## الفرع الثاني

العقوبات المفوضة ، أو التعزير

٣٣٢ — التعزير في أصل اللغة : المنع والتأديب <sup>(١)</sup> .

وفي الاصطلاح الفقهي هو : معاقبة المجرم بعقاب مفوض شرعاً إلى رأي ولي الأمر نوعاً ومقدراً .

وذلك في جميع أنواع الجرائم والأعمال الممنوعة التي تستوجب الزجر والتأديب ، غير موجبات الحدود والقصاص .

والنظر الشرعي في ذلك أن الجرائم لا تنحصر ، وقد يجدر منها أنواع لم تكن معهودة من قبل . والجريمة الواحدة المعهودة قد تحدث

---

(= انظر المحاضرة في مجلة القانون والاقتصاد المصرية ، السنة العاشرة العدد ٣ )  
هذا ، ولنظر في تفصيل مباحث القصاص من المؤلفات المصرية المستوعبة  
كتاب « القصاص في الشريعة الإسلامية » للدكتور احمد محمد ابراهيم وهو  
رسالة قيمة نالها شهادة الدكتوراه من كلية الحقوق بالقاهرة ، وكتاب « القصاص  
في فقه القرآن والسنة » للاستاذ الجليل الشيخ محمود ثلثوت عضو جماعة كبار  
العلماء بمصر ( وشيخ الازهر سابقاً ) .

(١) — وبإني بمعنى النصرة لأن فيها منعاً وقمعاً ؛ هو معنى ما في القرآن :  
« فالذين آمنوا به وعزروه ونصروه واتبعوا النور الذي أنزل معه أولئك  
هم المفلحون » ( ر : مفردات الراغب ، والمغني لابن قدامة الحنبلي : ١٠ / ٣٤٧ ) .

لها صور وأساليب تستدعي تدابير أخرى في قمعها . فذلك تناول الشرع بالتخصيص من تلك الجرائم الشائعة ما هي أشد إخلالاً بنظام الاسلام الاجتماعي الأساسي ، فقد عوقبت ، وترك ما وراء هاموضاً ترتبته وتقديره الى أولياء الأمر العام ، يقدرونه في كل جريمة بحسبها ، تبعاً لاختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص ودرجة التهذيب الاجتماعي .

فن الناس من ينزجر بالتنبيه والزجر اليسير . ومنهم من لا يكفيه ويكفه إلا العقاب الكثير . ومن ثم كان للحاكم أن يعاقب على الفعل الواحد بعقوبات متفاوتة بحسب تفاوت الأشخاص ودرجة تأثرهم بالعقاب ( ر : فتح القدير ، وشرح الكنز للزيلعي ، باب التعزير ، والهدى المختار ورد المختار ١٧٩/٣ ) .

٣٣٣ — ويكون التعزير بكل ما يراه الحكام مناسباً من أنواع العقوبات المشروعة ، وهي التي فيها تأديب هو تعذيب ، من جلد وحبس ونفي وتغريم مالي<sup>(١)</sup> ، وهو المسمى اليوم : « الجزاء القهري » ، أو الفرامة

---

(١) — اختلف الفقهاء قديماً في جواز التعزير بأخذ المال : أي بالجزاء النقدي ، خوفاً من أن يتسلط به الظلام من الحكام على اموال الناس فيأخذوها باسم العقوبة ثم يأكلونها . وذهب القاضي أبو يوسف الى جوازه ( رد المختار : ج ٢ ص ١٧٨ ) . وقد نقل محمد بن محمد القرشي المعروف بابن الاخوة من فقهاء الشافعية ان الامام الشافعي أوجب بعض تغريمات مالية معينة في العقوبة على اقراراف بعض =

الابنة ، ، ويمكن أن يبلغ التعزير الاعدام .

فقد صرح فقهاء الحنفية بأن أدنى التعزير نظرة شزر من الحاكم الى المذنب أو أن يقول له : « بلغني عنك كذا » ، اذا كان الذنب هفوة صغيرة والمذنب من ذوي الشرف والمروءات الذين يكفهم للردع هذا القدر ؛ وأن أعلى عقوبة التعزير هو الاعدام اذا كان الجرم خطيراً وتحتاج سياسة قعه بين الناس الى هذه الشدة .

وعلى هذا استقر اجتهاد الحنفية ( ر : رد المحتار ١٧٩/٣ ) .

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز ( رضي الله عنه ) أنه قال :

---

= المنكرات . وقد استدل لذلك بما روي عن النبي عليه السلام انه قال بشأن زكاة الابل :

« في كل اربعين من الابل السائمة بنت لبون ، من

أعطاه مؤجراً فله أجرها ، ومن منعها فانا آخذوها وشطر

ماله عزمة من عزمات ربنا ليس لآل محمد فيها شيء »

( ر : الباب الحسين من كتاب « معالم القوبة من أحكام الحبة » لابن

الاخوة ، وهو أوسع وأهم ما رأناه من مؤلفات الفقهاء في الحبة ، ربه مؤلفه

الجليل على سبعين باباً . وقد نشره المستشرق روبين ليوس ، وطبعه بمطبعة دار

الفنون في مدينة « كبروج » بانكلترة وقدمه بقدمة ضافية باللغة الانكليزية ) .

أقول

لاشك اليوم انه بعد ما اصحت عقوبة التفرير المالي يسجل الحكم بها ويخضع

تفيذها للمعاسبة ، وتدخل الخزينة العامة رأساً ، لم يبق فيها ذلك المخذور .



« سيحدث للناس أفضية بغير ما أمروا من الغور »<sup>(١)</sup>.

وأحدث علي بن أبي طالب كرم الله وجهه السجن لحبس المجرمين.  
٣٣٤ - وقد نقل الفقيه الجليل الامام أبو الحسن الماوردي  
الشافعي آراء بعض المجتهدين ولرجال مذاهبن في تحديد مقادير  
العقوبات التعزيرية في بعض الجرائم والتم بحسب قوة الجريمة وقوة  
التهمة ، ثم قال في ذلك :

« وهذا الترتيب ، وان كان مستحسناً في الظاهر ، فقد تجرد  
الاستحسان فيه عن دليل يتقدر به » اهـ

( ر : « الأحكام السلطانية » الماوردي ، فصل التعزير ) .

ومعنى ذلك ان تقدير الفقهاء فيه لبعض تلك العقوبات التعزيرية  
التي ذكرها انما هو من قبيل اثارة الطريق للحكام وولاية الأمر ، وليس  
تحديداً إلزامياً مستنداً الى دليل في أصل الشريعة ، فان حق التقدير  
في التعزير عائد شرعاً الى ولاية الأمر بحسب المصلحة الزمنية .

غير أن عقوبة الضرب خاصة قد حدد لها شرعاً حد أعلى لا يجوز  
تجاوزه . فقد صرح الفقهاء بأنه لا يجوز أن يبلغ الضرب في التعزير

---

(١) ر : « معين الحكام » للشيخ علاء الدين الطرابلسي الحنفي ، القسم

الثالث في القضاء بالسياسة الشرعية ص/١١٧ .

ويرى نظير هذه الكلمة أيضاً عن زياد في خطبته البتراء المشهورة .

أقل الحدود<sup>(١)</sup> ، بل يجب أن ينقص عنه ولو جلدة واحدة ، لقول الرسول عليه السلام : « من بلغ مرأ في غير مر فهو من المعذبين » .  
ولكن يمكن التغليظ باضافة عقوبة أخرى الى الضرب كالحبس والتغريم مثلا .

وقال الامام مالك بجواز زيادة التعزير عن الحد إذا اقتضت ذلك حاجة القمع . واستدل بما روي من أن معن بن زائدة<sup>(٢)</sup> قد زور خاتم بيت المال وأتى به الأمين فأخذ به مالا ، فعلم عمر بن الخطاب (رضي الله عنه)

---

(١) - أقل الحدود اربعون جلدة ، لانها حد القذف والشرب للأرقاء ، فان عقوبتهم في هذه الحدود شرعاً نصف عقوبة الاحرار .  
(٢) - هكذا ورد الاسم في هذه المصادر الفقهية والتاريخية التي نقلناها . والظاهر ان في الاسم تحريفاً وصوابه (معن بن اوس) ، وهو شاعر متين من مخضرمي الجاهلية والاسلام ، وله مع عمر بن الخطاب اخبار ، وهو معن بن اوس بن نصر ابن زياد . فكأنه ورد في مصادر الاخبار الاولى : (معن بن زياد) منسوبا الى جده الأعلى ، فظنه الناقلون ابن زائدة لشهرة هذا ، ولم ينتبهوا الى ان ابن زائدة من مخضرمي الدولتين الاموية والعباسية وقد توفي سنة (١٥٠) هجرية كما في شذرات الذهب لابن العباد الحنبلي ، وقاموس الأعلام للزركابي ، ولم يذكر احد أن ابن زائدة أدرك عهد عمر .

وقد روى القصة صاحب الاصابة في القسم الرابع ، واستشكل هذا الاشكال ، وذكر احتمال ان يكون معن بن زائدة شخصاً آخر بهذا الاسم .  
ويؤيد ذلك وروده في عدد من الروايات بعبارة : « وجعل اسمه معن بن زائدة » كما في الرواية التي نقلها الاستاذ علي الطنطاوي في سيرة عمر

بالأمر، فضرب معن بن زائدة مائة سوط . فكلّم فيه فضربه مائة أخرى وحبسه . فكلّم فيه من بعد فضربه مائة أخرى ونفاه .

( ر : المغني والشرح الكبير ، باب التعزير : ٣٤٨/١٠ و ٣٥٧ ، وفتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام ١١٦/٥ ، والاصابة ٥٢٨/٣ ، وفتوح البلدان : ص/٤٤٨ ، وسيرة عمر بن الخطاب للطنطاوي : ص/٣٣٧ ) .

### ٣٣٥ — ضابط ما يوجب التعزير :

إذا كانت المصلحة قد قصت بأن تترك العقوبة التعزيرية مفوضة شرعاً الى رأي الحكام دون تحديد ثابت ، فإن من اللازم تحديد السبب أي تحديد الحالة الجرمية التي يستحق الانسان بها التعزير . وهذا ما فعله الفقهاء . فقد نصبوا لما يوجب التعزير ضابطاً عاماً فقالوا :

الضابط أن كل من ارتكب منكراً ، أو آذى غيره بغير حق ، بقول أو بفعل أو اشادة ، يلزمه التعزير

( ر : الدر المختار ورد المختار ١٨٢/٣ و ١٨٥ ) .

فيدخل في عموم هذا الضابط جميع الجرائم المخلة بالنظام ؛ سواء أكانت عدواناً من بعض الناس على بعض في النفس أو المال ، كالضرب والشتم والارهاب والتزوير وشهادة الزور والغش والاحتيال وما شاكلها ؛ أو كانت انتهاكاً للحرّمات الدينية وجبراً بالمعاصي ، كافتار رمضان ، والاستهزاء بالدين ، والدعوة الى الزندقة ، والاخلال

بالآداب العامة ، وما أشبه ذلك .

و يدخل أيضاً في ارتكاب المنكر اهمال الواجبات الدينية ، ومن جعلتها التعليم والتعلم . فاذا قصر العالم في واجب التعلم ، أو قصر الجاهل في تعلم القدر الواجب شرعاً من العلم استحقا عقوبة التعزير على التقصير فإن النبي عليه الصلاة والسلام قال : « طلب العلم فرجة على كل مسلم »<sup>(١)</sup> ،

---

(١) روى الحافظ المنذري في الترغيب والترهيب ان رسول الله (ﷺ)

خطب ذات يوم فأتى على طوائف من المسلمين خيراً ، ثم قال :

ما بال أقوام لا يفقهون جيرانهم ، ولا يطهونهم ، ولا يظنونهم ولا يأمرونهم ، ولا ينهونهم ؟ وما بال أقوام لا يتعلمون من جيرانهم ولا يتفقهون ، ولا يتعلمون ؟ والله ليعطن قوم جيرانهم ، ويفقهونهم ، ويعظونهم ، ويأمرونهم ، وينهونهم ؛ وليتعطن قوم من جيرانهم ويتفقهون ، ويتعلمون ، أو لعاجلنهم العقوبة في الدنيا .

فقال قوم : من ترويه عن هؤلاء ؟ قالوا : عن الأشعرين ، هم قوم فقهاء ، ولهم جيران جافة من أهل المياه والأعراب . فبلغ ذلك الأشعرين ، فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالوا : يا رسول الله ، ذكرت قوماً نجس ، وذكرتنا بشر ، فما بالنا ؟ فأعاد عليهم إنذاره . فقالوا : يا رسول الله ، أنتظن غيرنا ؟ فأعاد قوله عليهم . فأعادوا قولهم : أنتظن غيرنا ؟ فأعاد أيضاً قوله عليهم . فقالوا : يا رسول الله أمهلنا سنة . فأهلهم سنة ليفقههم ، ويعلمهم ، ويعظهم . ثم قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم قول الله تعالى في القرآن .

« لعن الذين كفروا من بني إسرائيل على لسان داوود وعيسى

ابن مريم ؛ ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون . كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه ، لبئس ما كانوا يفعلون » .

=

ولفظ المسلم هنا يشمل الرجل والمرأة ، لأن الحكم منوط بصفة مشتركة هي الاسلام .

٣٣٦ — صفة التعزير ، وار العفو فيه :

اذا كان الجرم الموجب للتعزير من قبيل انتهاك الحرمات الدينية المحضة دون عدوان على أحد من الناس كانت عقوبة التعزير حقاً للشرع خالصاً . واذا كان فيه عدوان على شخص بضرب أو شتم أو غير ذلك كان في التعزير حقان : حق للشخص في الانتصاف له من الفاعل ، وحق للشرع في التأديب والقمع :

فتي كان فيه حق لشخص معتدى عليه وهو يطالب بالانتصاف فليس للسلطان الحاكم ان يعفو عن العقوبة ، لأنه ليس له اسقاط حقوق الناس وإذا عفا المعتدى عليه ، او كان التعزير في قضية من حقوق الشرع الخاصة ، فعلى الحاكم أن يعاقب للتأديب رغم عفو صاحب الحق الشخصي . ذلك لان صاحب الحق ، كما يقول الفقهاء ، انما يملك العفو

---

= (الترغيب والترهيب: ٦٠/١ - ٦١ / طبعة مطبعة دار احياء الكتب العربية بصر) وقولهم ( أنفطن غيوتا ) : هل يجب علينا تقطين سوانا - أي جملة ذا فطنة ، وهي التباعة والمعرفة .

أقول : ان هذا الموقف العظيم في اعتبار التقصير في التعليم والتعلم جريمة اجتماعية يستحق مرتكبها العقوبة الدينية موقف لم يرو التاريخ له مثيلاً في تقديس العلم قبل النبي عليه السلام ولا بعده !!

عن حقه ، « فيبقى من السلطة في التعزيم والتهذيب » .

( ر : « الاحكام السلطانية » للماوردي ، فصل التعزير ) .

ولذا صرح الفقهاء بأنه اذا ضرب شخص غيره ، فضربه المضروب

يعزر الاثنان كلاهما ( ر : رد المحتار ١٨١/٣ ) .

وقد روى الطبري :

« ان امير المؤمنين علياً كرم الله وجهه سمع وهو في الطريق صوت مستغيث . فأمرع وهو يقول : اناك القوث . وتبين الامر فاذا رجل باع لآخر ثوباً بتسعة دراهم ، فاداء البائع رد بعض الدرام لمبيه ، فأبى المشتري ولطبه حين لازمه . فطلب علي البيعة على الظلم . فلما شهدت اقعد المشتري ، وقال للبائع : دونك فاقصص . فقال البائع : اني عفوت يا امير المؤمنين . فقال علي : انما ارددت الاحتياط في حلك ؛ ثم ضرب الرجل تسع دراهم (١) ، وقال : هذا حق السلطان » (٢) .

( ر : « تاريخ الأمم والملوك » للطبري : ٩٠/٦ ) .

٣٣٧ — على انه في حال عفو المتضرر ، او خلو التعزير عن

حق لشخص يجوز للحاكم ان يعفو اذا تحقق انزجار الفاعل ورأى أن العفو أصلح له .

( ر : الأحكام السلطانية أيضاً ، ورد المحتار : ٨٦/٣ - ١٨٧ ) .

---

(١) — الدولة ( بكسر الدال المهمة وتشديد الراء ) : هي الوسط .

(٢) السلطان اصل معناه السلطة والسيطرة ، ثم اطلق على الحاكم الأعلى .

ومن الواضح أنه لا يعتبر منح الشرع لولي الأمر حق العفو في التعزير دون تحميم العقاب مخلاً بفكرة الحق العام ، لأن هذا المنح مقيد بمقتضى المصلحة كما رأينا .

على أن النظريات والقوانين الجزائية الحديثة لدينا ولدى أرقى الأمم في التشريع القانوني اليوم تمنح رئيس الدولة حق العفو الخاص حتى في أعظم الجرائم من القتل فما دونه بعد القضاء بها إذا وجد في العفو مصلحة ؛ ولم يعتبر هذا مخلاً بفكرة الحق العام .

وان طريقة الحكم بالعقاب مؤمل التنفيذ، وهي المعروفة في التشريع الفرنسي باسم sursis والمعدودة من أرقى طرائق التشريع الجزائي الحديث التي جمعت بين المحافظة على الحق العام واعتبار الحيثيات الشخصية وسياسة المصالح ، ليست تلك الطريقة إلا لو تأمن العفو المعلق الذي فوضه الشرع الاسلامي لولاة الأمر الحاكمين يستعملونه بحسب المصلحة .

٣٣٨ — يتضح مما سلف بيانه ان قاعدة التعزير الاسلامية هي

قانون جزائي عام مرن غير مقيد ولا محدود ؛ بل هو صالح لأن يلبس في كل عصر ما يقتضيه من صور العقوبات ومقاديرها .

ومن ثم يعتبر الفقهاء التعزير داخلاً في نطاق السياسة الشرعية التي يعرفونها بأنها :

فعل النبي ومن الحاكم لقطع براها وإن لم يرد فيه دليل  
شرعي خاص .

فالسياسة الشرعية هي من قبيل الاستصلاح الذي سلف بيانه في  
المصادر التبعية لأحكام الشريعة .

وقد قالوا: إن باب التعزير هو الضامن المتكفل لأحكام السياسة الشرعية  
( ر : رد المحتار ١٤٨/٣ نقلاً عن البحر الرائق لابن نجيم ) .

٣٣٩ - تقنين العقوبات اليوم يدخل في نظام التعزير الاسلامي :

وإذا كانت عقوبة التعزير في الاسلام مفوضة لآراء الحكام دون  
تقدير، فإن هذا لا ينافي ولا يمنع تقدير العقوبات وتحديد بها بقانون  
لمختلف أنواع الجرائم، ضبطاً للأحكام وجرياً مع الدواعي الزمنية،  
كما يحصل في قوانين العقوبات في العصر الحاضر، لأن هذا التحديد  
داخل في ذلك التفويض .

فقانون العقوبات لدينا اليوم تدخل معظم أحكامه في نطاق التعزير  
المشروع بالنظر الاسلامي، سوى ما فيه من إهمال للحدود، وإخلال  
بالقصاص في بعض مواطنه .

وإن وضع حدين أدنى وأعلى في قوانين الجزاء الحديثة لعقوبة  
كل جريمة هو اعتماد من السلطات المقتنة على نظر الحكام، وتفويض  
إليهم بمقدار لم تجرد تلك السلطات مندوحة عنه .



ولكن الشرع الاسلامي جعل هذا التفويض أساساً بنطاق أوسع، وترك التحديد للسلطات الزمنية تتصرف في كل زمان ومكان بحسبها . فيكون تحديد العقوبات في التقنين الجزائي إنما هو تنفيذ من أولياء الأمر للنظرية الاسلامية فيه ، واستعمال منهم لسلطتهم الشرعية في هذا التحديد ولكن بصورة مسبقة قبل وقوع الجرائم ، ليكون المحرم على بيئة من نوع العقوبة ومقدارها قبل إقدامه . ومن البديهي أن هذا التسيق في التحديد داخل في الصلاحيات والسلطة المفوضة شرعاً الى أولياء الأمر في هذا الشأن .

٣٤٠ — هذا ، ونختم البحث في المؤيدات التأديبية بكلمة للأستاذ الحامي الدكتور صبحي الحمصاني علق بها على ما عرضه من قاعدة التعزير فقال :

« وأنت ترى من ذلك أن التعزير في الشرع الاسلامي وسيلة عادلة مونة ، تفسح للمحاكم المجال للعمل وفقاً للصاحبة العامة التي تقضي بزجر المفسدين وتأديبهم .

فهذا دليل آخر جديد على ان الشريعة الاسلامية ليست من الجلود بحيث وماها بعض الناس ؛ بل هي على العكس قابلة لتطور بحسب المصلحة في كل عصر . وإنما التعزير وسيلة حكمها من الوسائل تميز لقاضي أن يتوسع في تطبيق الأحكام الجزائية حسب كل واقعة ، وحسب كل مجرم ، لتوصل الى الغاية المقصودة من كل عقوبة عامة : وهي ردع المجرم وزجر امثاله عن تقليده .

وهذا بلاويب باب واسع لاقياس ماحسن من القوانين  
الجزائية المصرية اذا اقتضى الأمر ، ولجأوة تيار المدنية  
والحاجات الاجتماعية المتقلبة « اهـ .

( كتاب « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية »  
للأستاذ الدكتور صبحي المحمصاني ١/١٣١ )<sup>(١)</sup> .

أقول :

إننا مع تقديرنا لهذا الدفاع عن الشريعة الاسلامية من قبل الدكتور  
المحمصاني نراه دفاعاً ضعيفاً ، لأن فيه — عن غير قصد منه — شبه  
تسليم بأن في الشريعة جموداً لكن ليس بالدرجة التي يزعمونها وكذلك  
القول بأنها قابلة للتطور ، فانه شبه تسليم بالتقص في أصلها .

والواقع ان هذه الشريعة السمحة التي طبقت آفاق الأرض بنظامها  
القانوني الرائع قد استغنت عن التطور بأنها جاءت بمبادئ قانونية  
ذات قيم ثابتة خالدة في نصوص عامة مرنة ، كما أوضحناه في  
مناسبات سابقة .

فالذي يحتاج الى التطور ليس هو الشريعة الاسلامية ذاتها بل هو

---

(١) - انظر في موضوع المؤيدات التأديبية محاضرتنا عن « الحق العام في  
الاسلام » المنشورة في « الجريدة الحقوقية » التي تصدر مجلب ( العدد / ٢٥ /  
السنة / ٢٠ ) وفي « مجلة معهد الحقوق السوري » بدمشق ( العدد / ٣ / السنة  
الأولى ) .

(أولاً) الإدراك العقلي والتجريبي لدى خصومها الجاهلين . وهو  
(ثانياً) وسائل التطبيق الزمنية وفقه الفقهاء .

فقول القرآن العظيم مثلاً « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها  
واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل » ، وكذا قول الرسول ﷺ  
« لا ضرر ولا ضرار » هما مبدآن شرعيان خالدان لا يمكن أن يتطورا  
الى اكل منها في موضوعها، وإنما تتطور وسائل تطبيقها والقضاء بها .



## الفصل الثالث

### المؤيدات المدنية

٣٤١ - يتنا فيما سلف في الفرع الأول أن المؤيدات المدنية لنظام المعاملات تبرز في التشريع بصورة أربع : البطعون ، والفساد ، والتوقف ، والتغير .

ورأينا أن التوقف هو مؤيد يقصد به - غالباً - حماية حق لشخص عندما يمسّه تصرف صادر من غيره دون نيابة عنه ، وأن التخيير هو أيضاً مؤيد يمنح الشرع بمقتضاه أحد العاقدین خياراً لضمان التوازن الارادي عندما يختلف بين الطرفين بسبب طغيان مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر دون تحقق رضاه ( ر : ف / ٣١٣ ) .

وبما أن التوقف والتخيير قد سلف بيانها مفصلاً في نظرية العقود عند البحث في شوائب الارادة ، وفي الآثار العامة للعقود في نظريتي حرمة النفاذ ، وحرمة اللزوم ، لذلك نكتفي هنا بهذه الإشارة الى موقعها من نظرية المؤيدات ، اجزاء بما تقدم فيها ، ونحيل القارئ عليه . وسيقتصر كلامنا في فروع البحث التالية على نظريتي البطعون والفساد .

# الفرع الأول

## نظرية البطلان

- (١) تعريف البطلان لغة واصطلاحاً .
  - (٢) الوجود الفعلي والوجود الاعتباري .
  - (٣) تطبيق ذلك على التصرفات القولية والفعلية .
  - (٤) تحديد سبب البطلان .
  - (٥) تجزؤ البطلان .
  - (٦) الفرق بين بطلان العقد وانفساخه .
  - (٧) نتيجة البطلان الأساسية ومستثنياتها :  
أ ( النتيجة الأساسية السلبية للبطلان .  
ب ( الحالات الاستثنائية التي يكون للعقد الباطل فيها أثر معتبر .  
ج ( الخصائص المتفرعة عن النتيجة الأساسية في البطلان .
- (١) — تعريف البطلان لغة واصطلاحاً
- ٣٤٢ — البطلان في أصل اللغة : سقوط الشيء لفساده .
- ويقال : بطل دم القاتل ، إذا ذهب هدرأ بلا ثأر ولادية . ومنه قيل للشجاع : بطل ( بفتح تين ) ، لأنه يعرض دمه أو دم منازله للبطلان .
- والباطل : ما لا ثبات له عند الفحص عنه ، ومنه قيل لخلاف الحق :
- « باطل » ، وعليه قول كعب بن زهير :
- ومن دعا الناس الى ذمه ذموه بالحق وبالباطل

وعلى هذا المعنى يقع ما في القرآن من نحو قوله تعالى عن عبدة الأصنام ( ١٣٨/٧ ) :

« إن هؤلاء متبر<sup>(١)</sup> ما هم فيه وباطل ما كانوا يعملون » .  
ومنه تعبير « أكل المال بالباطل » ، أي بغير حق .

وإبطال الشيء : إفساده وإزالته ، حقاً كان الشيء في ذاته أو باطلاً .  
( ر : المصباح ، ومفردات القرآن للراغب الأصفهاني ) .

— ثم جاء القرآن باستعمال البطلان في معنى ديني اعتقادي محض :  
وهو أن لا يترتب على العمل الحسن في ذاته ثوابه الموعود في الآخرة ،  
لما يصاحبه من سوء . وعلى هذا قوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والأذى » .  
— ثم لما بدأت تتكون لغة الفقه الاسلامي واصطلاحاته ، أخذ  
البطلان في لسان الفقهاء معنى عملياً تشريعياً جديداً ، فاستعملوه بمعنى  
حرم صفة العمل ذي اثر شرعي عندما يكون ذلك العمل غير معتبر  
في نظر الشارع ، بحيث يعد وجوده كعدمه ، لمخالفة ناحية يوجب  
الشارع مراعاتها فيه . فلا يترتب عليه أثره الشرعي الخاص من نشوء  
حق أو سقوط تكليف . ويمرر ذلك في العبادات الدينية والأعمال  
والمعاملات المدنية على السواء :

---

( ١ ) - متبر ( يفتح الباء الموحدة المشددة ) صيغة مفعول من التبرير بمعنى  
الاهلاك ، والتبرار كالهلاك وزناً ومعنى .

فبطلان الصلاة والصيام مثلاً هو عدم اعتبار صحة لهما. فلا يرثان فعة المكلف بهما عن الواجب ؛ بل يبقى مكلفاً بإعادتهما .

وبطلان التصرف الشرعي من بيع وشراء ، وزواج وطلاق ، وإقرار وإبراء ، وأخذ وعطاء ، وسائر المعاملات المدنية : هو عدم حصول آثارها المقررة لها شرعاً بين الناس ، من امتلاك وانتفاع ، واستباحة واستمتاع ، وسائر الحقوق والثمرات والمصالح التي جعل ذلك التصرف سيلاً إليها وسيئاً منشأ لها .

هذا حصل نظر الفقهاء وكلامهم في ذلك ( ر : « الموافقات » للشاطبي ٢٩٣/١ - ٢٩٦ ) .

وهذا هو البطلان المطلق نفسه بالمعنى القانوني في الاصطلاح الحقوقي الأجنبي . ( ر : « الموجز في الالتزامات » للأستاذ السهوري ( ف / ١٦٤ ) .

(٢) - التعريف الاصطلاحي الذي نختاره للبطلان

وعلى ذلك يمكننا تعريف البطلان في الاصطلاح الفقهي بأنه : « حرمان اكتساب التصرف ومبوءه اعتباري وآثاره في نظر الشارع » أي ان البطلان هو عدم ذلك الوجود الاعتباري للتصرف ، وإن وجدت صورته الحسية .

٣٤٣ - الوجود الحسي والوجود الاعتباري :

إن كل تصرف من الانسان له ناحيتان في الوجود :

— وجود مهي : وهو وقوعه بحركته وصورته المادية .  
— ووجود اعتباري : وهو أن يعتبر الشارع له بعد وقوعه صفة الصلوح لأن تترتب عليه أحكامه ، وهي آثاره المقررة له شرعاً .  
ومن الواضح أن كل ما كان له صفة اعتبارية متوقفة عليها أحكامه فإن عدم اعتباره يجعل وجوده كعدمه . فهو كصورة جامدة لا روح فيها ولا تأثير لها ، وإنما الاعتبار الشرعي هو الذي ينفخ فيها الروح ، ويهبها الحياة والفعالية .

وهذا نظر عام يصدق على جميع التصرفات المدنية من قولية وفعلية أي أن البطلان بمعناه المدني يلحق بالأفعال كما يلحق بالأقوال .  
( ٣ ) — تطبيق ذلك على التصرفات القولية والفعلية .

#### ٣٤٤ — ( أ ) — بطلان التصرفات القولية

إن التصرفات القولية تكون عقدية وغير عقدية كما تقدم ( ف / ١٣١ )  
( أ ) — فالعقود ، كالبيع والاجارة والهبة ، وجودها الحسي : هو صدور الايجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامها بما تعقد به العقود عادة .  
ووجودها الاعتباري : هو كونها رابطة منعقدة تربط المتعاقدين بحقوق والتزامات رتبها الشرع على انعقاد هذه الرابطة بينها .

فاذا وجدت هذه العقود مستوفية مقوماتها وشروطها الاساسية في نظر الشارع اعتبرت منعقدة : أي موجودة شرعاً كما وجدت حساً ،



وترتب عليها أحكامها ونتائجها التي رتبها الشارع على انعقادها من تمليك أو غيره .

وأما اذا وقعت غير مستوفية لأركانها وشروطها التي جعل الشارع وجودها الاعتباري متوقفاً عليها في نظره ، كالأمر صدر البيع من مجنون ، أو حصلت الهبة أو التبرع من مال وقف أو مال قاصر صغير ، فإن العقد ، رغم وجوده ما يكون معدوماً اعتباراً : أي غير منعقد ، فلا يترتب عليه حكمه من تملك أو التزام . وهذا معنى بطلان العقد . ( ر : البدائع في الاجارة ٤ / ٢١٨ وفي البيع ٥ / ٣٠٥ ) .

( ب ) — ومثل ذلك يقال في غير العقود من التصرف القولي ، سواء أكان إخباراً كالإقرار ، أو كان إنشاء الدعوى بطلب الحق .

١ — فالإقرار هو : إخبار من المرء بحق عليه لغيره ( المجلد ١٥٧٢ ) . فإذا صدر الإقرار من شخص مستوفياً شرائطه يؤخذ به المقر ، لأن من القوانين العامة أن المرء مؤاخذ بأقراره : فمن أقر بعقد لزمه حكمه ومن أقر بفعل كاتلاف ونحوه لزمه موجهه من الضمان والمسؤولية ( المجلد ٧٩ و ١٥٨٧ ) .

لكن اذا نقص الإقرار بعض شرائطه الشرعية كما لو صدر من غير ذي أهلية كالصغير ، أو صدر من ذي أهلية لكنه ظاهر الكذب

كمن أقر بأنه قطع يد فلان ، واليد قائمة سليمة ، فانه لا يعتبر شرعاً ، فيكون وجوده الحسي كعدمه ، فلا يؤخذ به المقرر . وعندئذ يقال : إن الاقرار باطل .

٢ — والادعى هي : طلب انسان حقاً على غيره لدى المحاكم ( المجلد ١٦١٣ ) .

ويشترط لاعتبارها شرعاً كي يستمع إليها القاضي ويتقبلها شرائط معروفة في بابها ، منها العقل في المدعى ، ومعلومية الشيء المدعى به . يمكن تنفيذ القضاء فيه .

فاذا كان المدعى مثلاً صغيراً دون سن التمييز ، أو كبيراً مجنوناً ، أو كان الشيء المدعى به مجهولاً أو مستحيلاً عقلاً أو عادة ، فان الدعوى في كل هذه الأحوال تكون غير معتبرة الوجود شرعاً وان وجدت بالفعل أمام القضاء . وعندئذ يقال : انها دعوى باطلة ، فلا يستمع إليها القاضي ، ولا يسأل عنها الخصم .

٣٤٥ — ( ب ) — بطعون التصرفات الفعلية :

وكذلك يقال في التصرفات الفعلية ، سواء أكانت مستقلة كاحراز المباحات ، أو كانت مستندة الى عقد كقبض المبيع مثلاً . فان هذه التصرفات هي أفعال حسية ترتب عليها نتائجها التي قررها لها الشارع عندما تستوفي شرائطها التي يتوقف عليها اعتبارها الشرعي .

فاذا لم تستوف شرائطها لا يكون لها اعتبار ، فلا يترتب عليها آثارها .

( أ ) — فاحراز الشيء المباح مثلاً ينشئ عليه شرعاً ملكية لمحوزه اذا استوفى الاحراز شرائطه التي منها أن يكون واقعاً بقصد التملك ( ر : ف / ١٠٣ ) .

فاذا لم يقع بهذا القصد كان وجوده كعدمه ، لأنه لم يكتسب الوجود الاعتباري في نظر الشارع ؛ فلا يترتب عليه حكمه وهو الملكية لمحوزه ، بل يجوز لغيره أخذه .

( ب ) — وتسليم المبيع الى المشتري ، لكي يعتبر تنفيذاً صحيحاً لعقد البيع ، يجب فيه تسليم المبيع خالياً غير مشغول بحق لغير المشتري . فلو سلم البائع الوعاء المبيع من كيس ونحوه مشغولاً بأشيائه كان التسليم باطلاً . فلا يترتب عليه حكمه وهو انتقال ضمان المبيع الى العهدة المشتري ، بل يبقى البائع هو المسؤول الضامن لهلاك المبيع كأنه لا يزال في يده حكماً دون تسليم ، لأنه هو الشاغل له .

ومثل ذلك ما لو سلم البائع الأرض المبيعة مشغولة بزراعة ، أو سلم الدار المبيعة مشغولة بامتعة ، إلا أن يأذن البائع للمشتري بقبض ما فيها من أمواله ، فينعقد بذلك ايداع . وعندئذ يصح التسليم ويعتبر المشتري متسلماً للمبيع بحكم البيع ، ولما فيه من مال البائع على سبيل الوديعة .

ويدخل في شغل المبيع بحق الغير المانع من صحة التسليم في نظر الفقهاء : ما لو كانت الدار المبيعة مأجورة ؛ لأنها عندئذ تحت سلطة المستأجر صاحب اليد المشروعة عليها ؛ فلا يصح تسلم المشتري لها وإن كان يبيعها صحيحاً . وليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن لعدم تهيئة المبيع للقبض<sup>(١)</sup> . ( ر : رد المحتار ٤/٤٣ ) .

ويمكن أن نعتبر نظير ذلك من التصرفات الفعلية الباطلة : ما لو قام المشتري في البيع الصحيح بقبض المبيع دون رضى البائع قبل أداء الثمن المستحق . فقد صرح الفقهاء أن قبضه هذا لا يعتبر شرعاً ، ولا يسقط به حق البائع في احتباس المبيع ؛ بل يحق للبائع أن يسترده فيحتبسه عنده الى أن يدفع المشتري جميع الثمن المستحق ( ر : المجلة ٢٧٧/٢٧٨ ) .

(١) - يجب الانتباه اليوم الى أنه في البلاد التي يوجد فيها سجل ونظام عقاريان ، بحيث تكون قيود السجل هي المعتبرة في ثبوت الحقوق العقارية وانتقالها كما في بلادنا ، يعتبر تسجيل بيع العقار في صحيفته من السجل العقاري في حكم التسليم الكافي ، ولو كانت الدار مشغولة بأمتعة البائع أو بمقوق مستأجر ذلك لأن قيد السجل عندئذ يغني عن التسليم الفعلي ويقطع علاقة البائع فيصبح أجنبياً . وعلى هذا استمر اجتهاد محكمة النقض السورية .

وإذا ظل يبيع العقار شاغلاً له بعد التسجيل ويمتنعاً عن تفريره وتسليمه ، فنزع يده عنه بقوة القضاء ، كما لو شغله غصباً بلا حق بعد التسليم .

فيبقى هذا الحكم الفقهي ، بالنسبة الى الأموال غير المتقولة ، مقصوراً على الأماكن التي ليس فيها سجل ونظام عقاريان من هذا القبيل .

وكذا لو قبض الموهوب له المال الموهوب دون إذن الواهب لأن  
الهبية من العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض المأذون ، كما تقدم في  
نظرية العقود (ف/ ١٦٣) .

ولكن الأظهر أن يفهم من قول الفقهاء بعدم اعتبار قبض المبيع  
والموهوب في هاتين الحالتين وما يشبهها أن القبض موقوف لا باطل ،  
بدليل أن هذا القبض غير المعتبر يقبل الإجازة من البائع والواهب ،  
فيصبح معتبراً ويفيد حكمه ، بينما أن الباطل لا يقبل الإجازة ، كما سئى  
في نتائج البطلان (ف ٣٥٩) .

وحديثاً يكون قبض المبيع والموهوب في هذه الحال مثلاً للجريان  
نظرية التوقف في الأفعال كما في الأقوال .

ونظرية التوقف ، أو عدم النفاذ ، قد تقدم بيانها في نظرية العقود  
(ف/ ١٩٤ وما بعدها) وأشرنا إليها في مطلع البحث عن المؤيدات  
المدنية (ف/ ٣٤١) .

#### (٤) — تحديد سبب البطلان

٣٤٦ — يستتبع مما تقدم بيانه أن البطلان في جميع حالاته  
وصوره يمكن رده الى سبب واحد : هو مخالفة التصرف لنظام الشرعي  
في نامية جوهرية .

وبذلك يتجلى في البطلان معنى المؤيد الحاسي لأحكام الشريعة

الأصلية كما تقدم ( ر : ف / ٣١٠ ) .

ومن ثم يقول الفقهاء في تعريف العقد الباطل : هو العقر الذي ليس مشروعا بأصله ( ر : الدرر / ٢ / ١٦٨ وفتح القدير ٤٢ / ٦ ) وهم يريدون من عدم مشروعية العقد بأصله : أنه قد وقع مخالفاً لناحية جوهرية من النظام الشرعي فيه .

### ٣٤٧ — ماهي الناحية الجوهرية ؟ :

نريد بالناحية الجوهرية التي توجب مخالفتها البطلان : كل ناحية أو شريطة أساسية ، سواء أكانت ذاتية ، أي متعلقة ببعض الأوصاف المشروطة شرعاً في مقومات التصرف وأركانه ، أو كانت شكلية محضة . فقد رأينا في نظرية العقود مثلاً أن لكل عقد مقومات لا بد من وجودها لكي يتحقق وجوده الفعلي ؛ ومن هذه المقومات أركانه ( ر : ف / ١٤٥ ) .

ثم إن لكل من هذه المقومات شرائط : أي صفات مشروطة شرعاً لا بد من تحققها فيه حتى يتكون قوام العقد بمقوماته الصحيحة ، ويكتسب وجوده الاعتباري ( ر : ف / ١٧٢ ) .

ورأينا أيضاً أن هناك عقوداً شكلية يخضع تكوينها لمراسم معينة من تسجيل أو إشهاد أو كتابة ، بحيث تعد تلك المراسم الشكلية في نظر التشريع من شرائط تكوينها ، كالأشهاد في عقد الزواج شرعاً ، وكالتسجيل

في عقد الوكالة بالخصومة قانوناً ( ر : ف / ٢٩٩ / وحواشيا ) .  
وهناك أيضاً عقود عينية يعتبر فيها تسليم الأعيان التي يرد عليها  
العقد شريطة لتمامها ، كالقرض والوديعة ( : ف / ١٥٣ ) .

فجميع تلك المقومات العقدية ، وشراطينها الأساسية — ومن  
جملتها المراسم والشكل في العقود الشكلية . والتسليم في العقود العينية —  
إنما تعبر دائماً عن تلك النواحي الأساسية في نظر الشارع ، وتحدد ما  
إذا بمقتضى نصه الصريح ، وإما بطريق الاجتهاد في فهم نصوصه  
والقياس عليها . وذلك لكي يكون المكلف المتصرف على بصيرة من  
مصير عمله .

ومن ثم تسمى تلك الشرائط في العقود : شرائط انعقاد ، لأن  
كلاً منها يعبر عن ناحية من تلك النواحي الجوهرية التي إذا فقدت لم  
ينعقد العقد :

— فعدم أهلية العاقد ( لصغره أو جنونه مثلاً ) يوجب بطلان  
العقد لمخالفته نامة برهرة في نظام التعاقد من النواحي الزاتية . وكذا  
عدم قابلية عمل العقد للتصرف الوارد عليه ، كبيع المال الموقوف ،  
وكزواج الرجل بمن لا تحل له من النساء .

— وعدم الإشهاد في عقد النكاح ، وعدم التسجيل فيما يوجب  
القانون لانعقاده التسجيل في مقام رسمي ، كل ذلك يوجب بطلان

العقد لمخالفته نامة جوهرية من التواحي السلبية . وهكذا .  
 على أنه قد تختلف الأنظار الاجتهادية في بعض التواحي من النظام  
 التشريعي هل هي جوهرية أساسية يترتب على مخالفتها بطلان كلي ، أو  
 هي فرعية لا توجب بطلان التصرف من أصله ، وإنما توجب خلافاً  
 آخر يسمى فساداً يكون العقد معه مستحقاً للإبطال ، كما سنرى في  
 البحث الثاني<sup>(١)</sup> .

### (٥) - تجزؤ البطلان

٣٤٨ - والبطلان قابل للتجزؤ في نظر فقهاءنا ، فقد يكون  
 العقد أو التصرف الواحد بعضه باطل وبعضه معتبر بالنسبة الى ناحية  
 دون أخرى من محله . وذلك لأن الاعتبار الشرعي قد تتوافر شرائطه  
 في جزء دون آخر من المحل ، فلا مانع من تجزؤ الاعتبار<sup>(٢)</sup> .

---

(١) - من هذا القليل اختلاف الاجتهادات في معلومية الموضفين في عقود  
 المعاوضات كالبيع والاجارة والصلح عن مال بمال .  
 فقد ذهب الاجتهاد الشافعي الى ان كل جهالة في العقد تورثه بطلاناً كلياً ،  
 لان معلومية المحل والبدل وما يتصل بها ناحية اساسية في نظره .  
 وذهب الاجتهاد الحنفي الى ان معلومية المحل والعرض المقابل في العقود  
 انما هي ناحية فرعية لا توجب مخالفتها بطلاناً كلياً ، وانما توجب الفساد .  
 (٢) - وهذا النظر الفقهي في قابلية البطلان للتجزؤ جاءه القانون المدني  
 السوري الذي صدر اخيراً ؛ اذ نصت المادة (١٤٤) منه على انه :  
 =



فقد نص الفقهاء على أنه اذا جمع انسان بين ماله ومال موقوف فباعها صفقة واحدة ،صح البيع في ماله بمحضته من الثمن ، وبطل في الموقوف ( ر ، الدر المختار ورد المختار في البيع ١٠٤/٤ ) .

وكذا لو جمع في النكاح بين امرأة تحل لمواخرى لا تحل فتزوجها بعقد واحد ، صح النكاح في حق من تحل له ، وبطل في حق الأخرى . أما اذا كان البطلان في بعض غير معين ولا سبيل الى تعيينه فان البطلان يعم ، وذلك كما لو جمع الرجل بين أختين في عقد زواج واحد . فان كل واحدة منها يصح زواجه منها على انفراد ، وإنما المنوع الجمع بين أختين ومن في حكمها . ولا مرجح لتصحيح العقد في واحدة بعينها ، ولا فائدة لتصحيحه في واحدة غير معينة ، فيبطل العقد في حقها . وذلك بخلاف ما لو تزوجها بعقدين على التعاقب ، فان العقد الثاني عندئذ يكون هو الباطل ، إلا اذا نسي الأول منها فيبطلان كلاهما ؛ أيضاً لعدم المرجح ، وعدم امكان التنفيذ مع الجهالة . ( ر : « الهداية » وشروحها في النكاح ١٢٣/٣ ، و « الدرر » ١٠/٣٣١ و ٣٣٣ ) .

---

« اذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للإبطال ،

فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، الا إذا تبين

ان العقد ما كان ليم بغير الشق الذي وقع

باطلا او قابلا للإبطال ، فيبطل العقد كله . »

(٦) — الفرق بين بطلان العقد وانفساخه

٣٤٩ — ان الانفساخ الذي تقدم بيانه في بحث انحلال العقد آخر نظرية العقود هو شبيه بالبطلان . وقد يعبر فقهاؤنا عنه أحياناً بالبطلان تسامحاً في التعبير .

لكن الواقع ان بين البطلان بالمعنى والسبب اللذين سلفا بضاحيهما ، وبين انفساخ العقود ، فرقاً بيناً .

( أ ) — فبطلان العقد يكون عن مخالفة لنظام التشريع من ناحية أساسية في عملية العقد . فالعقد عندئذ يكون من أصله باطلاً ؛ أي معدوماً اعتباراً . فاذا انعقد العقد على وجه الصحيح لا يتصور بعد ذلك فيه مخالفة في عملية العقد لأنها قد انقضت ، إلا أن يتبين أنه قد كان هناك مخالفة مستورة توجب البطلان ، فعندئذ يسترد الاعتبار ، فيعتبر باطلاً منذ نشأ .

وبهذا يتجلى في بطلان العقد كونه مؤيداً مدينياً لنظام التعاقد كما سلف بيانه .

فأما الانفساخ فاما يكون بعد تمام الانعقاد الصحيح لسبب طارئ ، يتمتع معه بقاء العقد بعد وجوده ، كهلاك المبيع عند البائع بعد العقد قبل التسليم ، فالعقد هنا لا مخالفة فيه ، وهلاك المبيع بعد ذلك ليس مخالفة لنظام التعاقد ، ولكنه حادث يتعذر معه تنفيذ العقد فينفسخ .

ومثل ذلك يلحظ في الاجارة اذا هلك المأجور ، وفي الشركة اذا هلك رأس المال المخصص لها .

( ب ) — ويفترق أيضاً بطلان العقد عن الانفساخ من ناحية أخرى هي أن البطلان يكون العقد معه معدوماً من أصله أبداً. أما الانفساخ فقد يرفع العقد من أصله فيكون الانفساخ مستنداً بأثر رجعي كفا في هلاك المبيع قبل التسليم . وقد يقع مقتصراً غير مستند ، فيزول به الارتباط التعاقدي اعتباراً من وقت الانفساخ . أما ما مضى فيبقى على حكم التعاقد ، كما في انفساخ الاجارة والشركة ونحوهما من العقود المستمرة على ما سلف بيانه في محله ( ر : ف / ٣٠٥ ) .

(٧) — نتيجة البطلان ومستثنياتها والخصائص المتفرعة عنها

٣٥٠ — ان للبطلان نتيجة أساسية سلبية تتفرع عنها عدة أحكام عامة هي بمثابة خصائص للبطلان وسنبين فيما يلي على التعاقب والترتيب :  
أ — تلك النتيجة الأساسية السلبية .

ب — ثم الحالات الاستثنائية بالنسبة إليها .

ج — ثم الخصائص المتفرعة عن تلك النتيجة الأساسية .

( أ ) — النتيجة الأساسية للبطلان :

٣٥١ — إن للبطلان نتيجة سلبية عامة هي :

أن البطلان يفقد به التصرف سببته لحكمه ، فلا يترتب عليه

ذلك الأثر النوعي المقرر له شرعاً في حال صحته :

فاذا كان التصرف الباطل عقداً لا تنشأ به التزاماته . واذا كان اقراراً لم يؤخذ به صاحبه . واذا كان إبراء لم يسقط به الالتزام . وهلم جراً ... وهذا نظر عام في بطلان جميع التصرفات على الإطلاق . وبهذا يتضح معنى قول الفقهاء : ان العقد الباطل لا يترتب عليه حكم أصح ( ر : البدائع ٣٠٥/٥ ) .

وبعض المعاصرين اليوم قد استشكل ذلك بأن عدم اعتبار العقد الباطل هو حكم شرعي له ، فهو حكم سلبى يقابل الحكم الايجابى الإنشائى للعقد المنعقد . فكيف يصح القول بأن الباطل لا يترتب عليه حكم ؟ وهذا نظر صحيح في ذاته ، لكن مراد الفقهاء أن العقد الباطل لا يترتب عليه الأحكام والنتائج التي قررهما الشارع لحالة انعقاده واعتباره كما أوضحنا فيما سلف من بيان . ومنشأ الاشكال والاعتراض من تنكير كلمة ( حكم ) ، فانه يوهم نفي أي حكم كان ، لا الحكم الخاص المقرر للعقد الصحيح .

( ب ) — المحاولات الاستثنائية التي للعقد الباطل فيها أثر معتبر :

٣٥٢ — على أن هذا المبدأ العام في النتيجة السلبية للبطلان تشذ عنه حالات استثنائية يكون فيها للعقد الباطل تأثير في وصف ما يبنى عليه من فعل ، فتترتب عليه بعض الآثار الفرعية التي تترتب على

حالة انعقاده . وسرى ذلك في الحالات الثلاث التالية :

٣٥٣ — أودو — في عقد النكاح

ففي النكاح تتجلى أظهر الحالات التي يكون للعقد الباطل فيها بعض الآثار الفرعية للعقد الصحيح .

فعقد النكاح الباطل لا يثبت حكمه الأصلي من حل الاستمتاع والتفقة والتوارث بحال من الأحوال . ولكنه اذا أعقبه رضول فان المرأة تستحق به مهرأ ، ويثبت به نسب الولد من الرجل ، وتجب فيه على المرأة العدة من تاريخ المفارقة . ذلك لأن الشرع يحتاط في إثبات الأنساب وإيجاب العدة بمجرد الشبهة ، ويستلزم ذلك لزوم المهر ، فان اتصال الرجل بالمرأة في شريعة الاسلام لا يمكن أن يخلو عن احدى النتيجتين : اما عقوبة المهر اذا كان زنى محضاً ؛ واما المهر اذا كان بنكاح صحيح أو بشبهة . والعقد — وان لم يكن صحيحاً — يورث شبهة تثبت بها هذه الأحكام الاحتياطية .

حتى انه لو لم يكن فيه محل الشبهة لا تثبت فيه هذه الأحكام ، كما سرى ( ر ٠ ف / ٣٦٨ ح ) .

ويلفظ هنا أن هذه الأحكام الاستثنائية في النكاح الباطل لم ترتب إلا بناء على فعل الدخول ، لا على مجرد العقد . ولكنها لم تكن لتثبت لولا هذا العقد الباطل ، اذ يكون الاتصال عندئذ بين الرجل

والمرأة مجرد زنى لا تأويل فيه لولا استناده الى هذا العقد . ومن ثم  
اعتبرت أثراً للعقد الباطل .

### ٣٥٤ - ثانياً - في ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل :

والبيع الباطل إذا قبض فيه المشتري المبيع فقد اختلف الفقهاء في حكمه :  
— فمنهم من يرى أن المبيع يكون أمانة في يد المشتري غير  
مضمون عليه إذا هلك دون تعد منه أو تقصير في حفظه ، كالوديع  
في يد الوديع . وحجة ذلك ان البيع لما كان باطلاً لم يبق سوى مجرد  
القبض ياخذ البائع . وهذا لا يوجب الضمان على القابض إلا بالتعدي  
أو التقصير . فيبقى المبيع على ملك البائع أمانة في يد المشتري ، وبهذا  
الرأي أخذت المجلة ( م / ٣٧٠ ) .

— ويرى آخرون أن المبيع يكون في يد المشتري مضموناً عليه  
بمثله إذا كان مالاً مثلياً ، وبقيمته إن كان قيمياً<sup>(١)</sup> . وحجتهم أنه مقبوض

---

( ١ ) - المال المثلي : هو الذي له أمثال في السوق مساوية له في الصفات بحيث  
يمكن أن يقوم بعضه مقام بعض في الوفاء دون فرق يعتد به ، كالسكر والزيت  
والقمح من نوع واحد ، وكالورق وأواني البور والوراحه ونحوها من المصنوعات  
المماثلة اليوم .

أما المال القيمي : فهو ما ليس له أمثال مساوية كالحياوات والدور والمصوغات .  
فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الآخر من جنسه باختلاف الصفات المميزة له  
( ر : المجلة / ١١٥ - ١١٦ ) .

=

على سبيل المعاوضة المقصودة بالعقد . وبطلان البيع إنما يمنع انتقال الملكية به ، ولكنه لا يلغي فكرة المعاوضة الثابتة فيه ، والتي لم يسلم البائع المبيع إلا على أساسها . ومن المقرر أن القبض على سبيل البدلية يوجب الضمان<sup>(١)</sup> . ومن المقرر أيضاً أن الشيء المقبوض على سوم الشراء<sup>(٢)</sup> بلا عقد هو مضمون على قابضه بالمثل أو القيمة إذا بين له ثمن عند المساومة ، لدلالة هذا البيان على أن صاحبه لم يسلمه إلا على أساس المعاوضة والضمان . فالمبيع المقبوض في البيع الباطل ليس بأدنى حالاً منه .

وهذا النظر هو المرجح في الاجتهاد الحنفي ، وبه قال الأئمة الثلاثة الآخرون أيضاً ( ر : رد المختار / ١٠٥ ) .

وبذلك نرى أن البيع الباطل ، وإن لم يترتب عليه حكمه ، قد كان له في قبض المبيع أثر وصفي جعله مضموناً .

### ٣٥٥ - ثانياً - في انقوب العقد

وبما يتصل بالآثار الاستثنائية للعقد الباطل ما يكون من انقلاب هذا العقد أحياناً الى عقد آخر صحيح في بعض الأنظار الفقهية . فإن

---

= ويرى تفصيل نظرية التلية والقيمة في الجزء الثالث الذي أسميناه « المدخل

الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي » ، ف / ٨٢ - ٩٥ .

(١) - انظر ما تقدم في تصنيف العقود : ف / ٣٠٣ ح .

(٢) - القبض على سوم الشراء : هو أن يأخذ الانسان شيئاً من صاحبه على

أنه إن أعجبه اشتراه ( ر : م / ٢٩٩ ) .

العقد الذي يعتبر باطلاً في موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر لا يتنافى مع غرض العاقدين ، فينصرف إليه ، وان اعتبر باطلاً في موضوعه المتعاقد عليه .

مثال ذلك أن فقهاءنا حكموا ببطالان البيع والاجارة إذا صرح في عقدهما بنفي الثمن والأجرة صراحة ، بأن قال العاقد : بعثك هذا الشيء بلائمن ، أو قال : آجرتك إياه بلا أجرة . وذلك لأنها من عقود المعاوضة التي تقوم على أساس بدلين متقابلين . فاذا نفي الثمن صراحة انتفت حقيقة العقد وهي المعاوضة<sup>(١)</sup> .

ثم اختلفوا بعد تقرير بطلان البيع والاجارة :

— هل ينقلب العقد فينعقد البيع هبة ، والاجارة إعارة ؟

— وهل ينقلب البيع إعارة أيضاً إذا كان فيه توقيت مع نفي البدل ، كما لو قال : بعثك منفعة هذا الشيء شهراً بلائمن ، أو لا ينقلب العقد في شيء من ذلك ؟

ذهب فريق من الفقهاء الى هذا الانقلاب تزيلاً على القاعدة

---

(١) — بخلاف ما اذا كان الثمن أو الأجرة مسكوتاً عنها في العقد دون أن ينفي صراحة ، كما لو قال : بعثك هذا الشيء أو آجرتك ، وقبل الآخر . فان الثمن أو الأجرة يعتبر حينئذ ملحوظاً ، ولكنه مجهول لعدم بيانه . فيفسد العقد فساداً ، كما نرى في البحث الآتي عن الفساد .



العامّة القائلة : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا لهولفاظ والمباني  
( ر : ف / ١٥٢ ) .

وذبح آخرون الى عدم هذا الانقلاب ، بحجة أن العقد الأصلي  
هنا باطل فهو معدوم ، والانقلاب لا يكون في معدوم . وهذا هو  
الرأي الظاهر الترجيح في الاجتهاد الحنفي ( ر : رد المحتار : ج ٤ ، و ه  
أول كتابي العارية والاجارة ) .

ولكننا نرى أن الرأي الأول أوجه ، والقواعد الفقهية تؤيده ،  
فإن من القواعد المقررة أن : « أعمال المخدم أولى من أعماله »  
ما أمكن ( المجلة / ٦٠ ) ومن صور أعمال الكلام : حمله على المجاز إذا تعذرت  
الحقيقة ( المجلة / ٦١ ) . فيعتبر التعبير بالبيع والاجارة مجازاً عن الهبة  
والاعارة ، وإن المجاز في العقود معهود . حتى لقد صرح الفقهاء في  
النكاح ، على خطورة موضوعه ، أنه ينعقد بلفظ البيع على سبيل المجاز  
في التعبير ( ر : الهداية وشروحها ١٠٧ / ٣ )<sup>(١)</sup> .

---

( ١ ) والنظر القانوني الحديث في الفقه الاجنبي يتجه الى هذا فيما يسمونه :  
نظرية تحول العقد : وهي نظرية حديثة في الفقه الالماني . حتى ان اصحابها  
يتوسعون فيها فيقولون بانقلاب البيع الى هبة ولو كان الثمن مذكوراً في العقد ،  
اذا كان الثمن نافها يسيراً بالنسبة الى المبيع بحيث يدل على قصد التبرع .

( ر : « الموجز في الالتزامات » للاستاذ السنهوري : ف / ١٦٨ / العاشية  
و نظرية العقد » له أيضاً : ف / ٥٩٤ / وما بعدها ) .

### ج) - فصائص البطون<sup>(١)</sup>

٣٥٦ - إن البطان خصائص عديدة هي أحكام عامة متفرعة عن تلك النتيجة الأساسية السلبية للبطان كما سلفت الإشارة إليه . وهذه الخصائص هي التالية :

٣٥٧ - (أورد) - أن بطون الشيء يستلزم بطون ما في ضمنه ويطون ما بني عليه . ( ر : المجلة / ٥٢ ) .  
وعلى هذا قرر الفقهاء أنه :

أ) - إذا باع الانسان شيئاً بيعاً باطلاً ، واشتمل البيع على شروط وحدد فيه الثمن ، بطلت مع البيع الشروط التي اشترطها العاقدان فلا تلزمها ، وبطلت أيضاً تسمية الثمن المسمى . فهذا مثال لبطان ما تضمنه الباطل .

---

= وهذا أخذ القانون المدني السوري الذي صدر لدينا الآن ، وأصله القانون المصري الجديد فقد صرحت المادة ( ١٤٥ ) منه بأنه :

« إذا كانت العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ، وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإنه يكون صحيحاً باعتبار ذلك العقد الذي توافرت فيه أركانه ، إذا تبين أن نية العاقدين كانت تنصرف إليه » .

(١) الخصائص : جمع « خاصة » بالصاد المشددة والياء التحتية المشددة نسبة مصدرية الى « الخاصة » بتشديد الصاد .

(ب) — وإذا جرى التقاض بين الطرفين في المبيع والتمن على سبيل التنفيذ لهذا البيع الباطل لا يعتبر هذا التقاض بيعاً بالتعاطي ، لأنه إنما قصد به الطرفان البناء على العقد الباطل ، فيكون باطلاً أيضاً . ويبقى ما قبضه كل منهما ملكاً لصاحبه . وهذا مثال بطلان ما بني عليه الباطل<sup>(١)</sup> .

وسنرى في الخاصية التالية ثمرة بطلان تسمية الثمن ، وثمره بطلان تنفيذ العقد الباطل .

وكذلك لو أقر أحد لآخر بمبلغ ، أو أبرأه ولو إبراء عاماً ، وكان الاقرار أو الإبراء مبنياً على عقد أبرمه الطرفان ، كبيع أو صلح ، ثم تبين بطلان العقد . فانه يبطل الاقرار والإبراء المترتبان عليه . ( ر : رد المحتار ، باب الاستحقاق ٤/١٩٩ — ٢٠٠ وكتاب الصلح ٤/٧٣ و ٤/٧٩ / والمجلة ١٥٦٦ ) .

**٣٥٨ — (ثانياً) — إذا بطل التصرف الفعلي لزمت نفسه وإعادة**

**الأوضاع الى سابق عهدها قبل التصرف .**

---

(١) — أما إذا لم يكن التقاض على سبيل التنفيذ للعقد الباطل والبناء عليه ، بل أجراه الطرفان بقصد جديد ، عدولاً عن العقد الباطل الى تعاطي مستوف شرائط الانعقاد ، كان هذا التعاطي قدماً جديداً مفيداً لمكمله ، كما لو جدد الطرفان العقد الباطل تجديداً صحيحاً باللفظ .

وذلك لأن التصرف الفعلي يحدث أثراً مادياً على كل حال ، سواء أكان التصرف صحيحاً أو باطلاً . وبذلك يختلف عن التصرف القولي الذي يكون أثره اعتبارياً محضاً . فلا بد من إزالة الأثر الذي أحدثه التصرف الفعلي الباطل لتعود الأوضاع الحقوقية الى ما كانت عليه من سابق حالها .

وبناء على ذلك لو تقابض المتبايعان المبيع والتمن في البيع الباطل يلتزم كل قابض برد ما قبضه ، لبطلان القبض المبني على عقد باطل<sup>(١)</sup> . فلو استهلك المشتري المبيع في هذه الحالة يضمن للبائع مثله اذا كان مثلياً ، وقيمته اذا كان قيمياً ، سواء أكانت قيمته في السوق أكثر أو أقل من الثمن المسمى في العقد . ذلك لأن البيع لما كان باطلاً كانت تسمية الثمن في ضمنه باطلة أيضاً . والأصل في ضمان الأموال التعادل . والمعادل للمال المستهلك هو مثله أو قيمته . وإنما حل الثمن المسمى محلها بسبب العقد . فاذا بطل الاتفاق على الثمن لأنه جزء من العقد الباطل رجع الضمان الى أصله بالمثل أو القيمة .

وهذا بخلاف ما لو كان البيع منعقداً صحيحاً ، فقبض المشتري

---

(١) - وهذا يدخل في نطاق نظرية الاتراء بلا سبب مشروع وهي نظرية تعبر عن مبدأ قد أقره الفقه الاسلامي فكرته في نطاق وشروط أصيق مما في الفقه الاجنبي .

المبيع دون رضى البائع قبل دفع الثمن المستحق ، وهلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه ، فانما يضمن للبائع الثمن المتفق عليه في العقد ، لا قيمة المبيع ، لأن المبيع قد انتقلت ملكيته الى المشتري بمجرد تمام البيع الصحيح لقاء ثمن معين حل محل القيمة بالتراضي . ولم يبطل هذا التعيين للثمن ، وانما الذي بطل هو القبض غير المستحق . فهلك المبيع في يد المشتري وهو مملوك له بالثمن المسمى لا بالقيمة التي قد تكون أكثر أو أقل منه .

وعلى هذا الأساس يتنزل أيضاً ما لو قبض الموهوب له المال الموهوب دون رضى الواهب صراحة أو دلالة فان هذا القبض باطل ، لأن الهبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض المأذون . فلو هلك المال المقبوض في يد الموهوب له في هذه الحال كان مضموناً عليه بالمثل لو مثلياً ، وبالقيمة لو قيمياً .

### ٣٥٩ - (ثانياً) - البطلان وبطلان الوعارة :

فالأجازة انما هي في الحقيقة ارادة منفردة يقرر بها الانسان ويمضي تصرفاً قائماً متوقفاً جعل الشرع له فيه حق التقرير والرفض .  
فالتنظر الفقهي أن محل الاجازة انما هو العقد المتعقد الموقوف الذي يمس حقاً لغير العاقدين . فلذلك الغير أن يجزئه ان شاء فينفذ عليه ، أو أن يرفضه فيبطل . وعلى كل حال يعتبر العقد الموقوف عقداً صحيحاً

لكنه معقول : أي محتبس عن السريان . فيإجازة صاحب العلاقة يحمل عقله فيجتاز بحسه وينفذ الى هدفه . فكأنه رسول ساع الى غاية بينه وبينها أرض محمية الحدود ، فاذا أذن له صاحبها اجتازها بالاجازة، وإن منعه عاد أدراجه . ( ر : البدائع ، ١٤٨/٥ - ١٤٩ ) .

والعقد الباطل ، كما رأينا ، ليس قائماً متوقفاً ليمكن إنفاذه الى غايته بالاجازة ، بل هو لغو عديم الاعتبار في نظر التشريع ، فكأنه لم يوجد أصلاً ( ر : البدائع ٣٠٥/٥ ) . فاذا ما أريدت إجازته لينفذ الى الغاية الحقوقية المقصودة به يجب لإيجاده بإنشاء جديد على وجه معتبر<sup>(١)</sup> . وعلى هذا قرر الفقهاء أن العقد اذا بطل لعدم أهلية العاقد ، كما لو باع المجنون أو وهب الصغير شيئاً من ماله ، ثم عقل المجنون أو بلغ الصغير ، فأجاز العقد لا يجوز ، لأنه صدر باطلاً فلا يقبل الاجازة ، فعليه إن شاء أن يحدد إنشاءه<sup>(٢)</sup> .

---

(١) وبهذا أخذ القانون المدني السوري الذي صدر حديثاً اذ صرحت المادة ١٤٢ / منه بأن البطلان لا يزول بالاجازة .

(٢) والفرق في النتيجة بين تجديد العقد واجازته ظاهرة :

أ - ) فان تجديد العقد يتوقف على توافق الارادتين ، بخلاف الاجازة فانها ارادة منفردة .

ب - ) والعقد المجدد انما يبدأ أثره من تاريخ تجديده . أما الاجازة اذا صحت فستند بأثر رجعي الى تاريخ العقد المأذون ، فيعتبر بها حكم العقد المأذون فافذاً من تاريخ صدوره ، كما تقدم بيانه في نظرية العقود .

وكذلك لو تبرع من مال الصغير وليه أو وصيه ، أو باعاً شيئاً من ماله بغبن فاحش ، ثم بلغ الصبي فأجازه وأمضاه ، فإنه لا يمضي ، لأنه صدر من أصله باطلاً .

وعلى هذا أيضاً لو باع فضولي أو اشتري لغيره كان عقده موقوفاً على الاجازة . فلو رفض ذلك الغير العقد عندما بلغه ، ثم عاد فأجازه لا يعود منعقداً ، لأنه قد بطل بالرفض السابق ، فلم يعد يقبل الاجازة بل يجب انشاؤه من جديد إن أريد . ( ر : الدر المختار ، فصل الفضولي ١٤١/٤ ) .

ونظيره ما لو أوجب أحد المتعاقدين العقد فرفض الآخر ، ثم عاد فقبل ، فإن العقد لا ينعقد ، لأن الإيجاب بطل بالرفض فلم يعد يلحقه قبول ، بل يعتبر القبول إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول ( ر : ف / ١٥٣ و ١٧١ ) .

٣٦٠ - ( رابعاً ) - العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ ، ولا يمتنع به أمام القضاء .

أ - فأما كونه لا يحتاج إلى فسخ فلأن الفسخ إنما يحتاج إليه في عقد قائم يكون لأحد طرفيه الخيار في التحلل من رابطته أو بقاءه . ثم قد يستقل الطرف المخير عندئذ في الفسخ ، كما في خيار الشرط في البيع ، إذ يفسخه صاحب الخيار خلال المدة المشروطة له دون حاجة إلى رضاه ، وقد يحتاج الفسخ إلى رضاه أو قضاء ، كما في

خيار العيب . وعلى كل حال اذا لم يفسخ العقد المستحق للقسح يبقى ساري الحكم نافذ المفعول .

أما العقد الباطل فهو معدوم لم يوجد ، وازالة المعدوم تحصيل للحاصل ، وهذا عند علماء المعقول مستحيل .

فلكل من العاقدين أن يعتبر العقد الباطل معدوماً ، ويتصرف بناء على هذا الاعتبار :

- فاذا كان العقد الباطل بيعاً مثلاً فللبائع بيع العين المبيعة ثانية أو استعمالها واستهلاكها لأنها لا تزال على ملكه .

- واذا كان العقد الباطل زواجاً فللمرأة أن تتزوج زوجاً آخر<sup>(١)</sup> .

فان أقام المشتري أو الزوج في العقد الباطل دعوى أمام القضاء فطالب المشتري بتسليم المبيع ، أو طالب الزوج المرأة بالمتابعة ، أمكن الطرف الآخر أن يدفع دعواه دفعاً يبطلان العقد . وهكذا يستغني المتمسك بالبطلان عن تجشم إقامة الدعوى لابطال العقد الباطل ، ويكتفي شرعاً وقانوناً بموقف سلمي يكون به دافعاً لدعوى خصمه إذا هوجم بها .

على أنه ، اذا كان من الناحية النظرية لا حاجة بمن يتمسك بالبطلان

---

(١) - يلحظ هنا أنه اذا أعقب الزواج الباطل دخول فانه تترتب على الدخول عدة على المرأة . فلا يجوز لها الزواج حتى تنقضي عدتها ، ليعرف فراغ الرحم منعاً لاختلاط الانساب . ( ر : ف ٣٥٣ ) .



الى إقامة دعوى لأجل الابطال ، فن الناحية العملية قد يحتاج الى إقامة الدعوى لتقرير البطلان ، ولا سيما اذا كان العقد الباطل قد تم تنفيذه . وذلك كما لو كان يبعأ أعقبه تسليم المبيع ويريد البائع استرداده . فهو مضطر في هذه الحال الى التقاضي اذا لم يستطع الاسترداد بالتراضي . وكذا إذا كان سبب البطلان فيه خفاء واشتباه ، فان الطرف المتمسك بالبطلان يحتاج الى المبادرة بالادعاء ليضمن الى رأي القاضي وتقديره ، كي لا يبيني تصرفه على تقدير البطلان ، ثم تحكم المحكمة بخلافه فينقض تصرفه .

لكن يلحظ في جميع هذه الأحوال التي قد يحتاج فيها المتمسك بالبطلان الى اقامة الدعوى به أن القاضي لا يطل النظر في هذه الأحوال ابطالا ( كما يفسخ العقد المستحق للفسخ بحيث اذا لم يفسخه يكون قائماً نافذاً في الواقع ) ، وانما يقضي القاضي في هذه الحال بأن العقد قد صرر باطل من أصله ، أي ان القضاء بالبطلان عند التنازع فيه لا ينشئ الابطال ، بل يظهر البطلان ويقرره تقريراً .

ب ) - وأما كون العقد الباطل لا يحتاج به أمام القضاء فذلك نتيجة لازمة لبطلانه في ذاته دون حاجة الى ابطال .

ويترتب عليها أن القاضي يرد الاحتجاج بالعقد الباطل اذا ادعى أو تمسك به ذو مصلحة لديه ، ولو لم يدفع الخصم بالبطلان ولم ينتبه اليه .

ذلك لأن الباطل اذا كان لا يحتاج الى إبطال ، فتقرير بطلانه عند التمسك به لا يتوقف على طلب .

### ٣٦١ - (خاصاً) - البطون لا يسري عليهم حكم التقادم

التقادم : هو مرور الزمان الذي تقدمت الاشارة اليه في عدة مناسبات<sup>(١)</sup> . فلا يتمتع التمسك بطلان العقد الباطل لمنع تنفيذه ولو مضت على العقد مدة التقادم : ( وهي خمسة عشر عاماً ) . ذلك لأن الباطل معدوم ؛ والعدم لا ينقلب وجوداً بطول الأمد .

فلو فرض في البيع الباطل مثلاً أن المشتري لم يكن قد قبض المبيع حتى انقضى خمسة عشر عاماً ، ثم رفع البائع الدعوى على المشتري ليلزمه بقبض المبيع وأداء الثمن ، فإن للمشتري أن يدفع دعوى البائع بحجة بطلان البيع . وكذا لو رفع المشتري الدعوى على البائع طالباً تسليم المبيع بعد التقادم فإن للبائع أن يدفع دعواه بطلان البيع . ويقبل من كل منهما هذا الدفع رغم تركه الادعاء بالبطلان مدة التقادم . ذلك لأن كلاهما في الأصل غير مكلف بالادعاء والتقاضى لإبطال العقد ، لما قدمنا ان الباطل لا يحتاج الى ابطال .

وذلك بخلاف ما لو كان البيع الباطل قد تم تنفيذه بالتقاضي ، ومضت مدة التقادم ، ثم رفع البائع الدعوى بعد خمسة عشر عاماً يطلب

---

(١) - ج : ف / ٤٨ و ١٠٢

استرداد المبيع بحجة بطلان البيع . فان للمشتري في هذه الحال أن يدفع دعوى البائع بتقادم العين في يده دون أن يعترف بأنه تلقاها منه بشراء باطل ، وعندئذ يقضى برد دعوى الاسترداد ، لأنه اذا كان البيع الباطل لا يحتاج الى دعوى لإبطاله فان استرداد المبيع بعد تنفيذ البيع بالتسليم يحتاج الى دعوى كما سلف بيانه . فيخضع حق الاسترداد للتقادم ، لأن ترك الدعوى فيما تجب فيه من الحقوق الخاصة مدة التقادم يمنع سماعها . فيعتبر حكم التقادم هنا سارياً على مواسرءاء ، لا على بطلان العقد . ومثل ذلك يقال فيما لو رفع المشتري الدعوى على البائع في هذه الحال طالباً استرداد الثمن لبطلان البيع بعد مضي مدة التقادم على أداء الثمن ، فان للبائع أن يدفع الدعوى بتقادم الحق المدعى به .

ويظهر الفرق جلياً بين سريان حكم التقادم على حق الاسترداد وعدم سريانه على بطلان العقد ، فيما لو تأخر التقاضي في البديلين عن تأخير العقد حتى مضت مدة التقادم على العقد الباطل ، ولم تمض على التقاضي . ففي هذه الحال يحق لكل من المتبايعين أن يطلب استرداد ما ساهم به بحجة بطلان العقد ، وليس للطرف الآخر أن يدفع بمرور الزمان على العقد ذلك لأن البطلان لا يؤثر فيه التقادم ، وحق الاسترداد لم يتقادم<sup>(١)</sup> .

---

★ (١) - جاء في المادة / ١٤٢ / من القانون المدني السوري الذي صدر =

## نظرية الفساد

- (١) معنى الفساد لغة واصطلاحاً
- (٢) منشأ نظرية الفساد والاختلاف فيها
- (٣) التصرفات التي يفترق فيها الفساد عن البطلان
- (٤) تعريف الفساد
- (٥) أسباب الفساد
- (٦) نتيجة الفساد
- (٧) موقف القانون من الفساد
- (٨) مقاربة نظرية الفساد بالبطلان النسي في الفقه الاجنبي .

---

= لدينا الآن ، وفي المادة / ١٤١ / من أصله المصري ان « دعوى البطلان تسقط بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد » .

والمراد بدعوى البطلان رفع الدعوى به لا دفعها . فان الادعاء بالبطلان بعد تنفيذ العقد الباطل لاسترداد ما وقع عليه التنفيذ هو الذي يخضع لحكم التقادم . أما الدفع بالبطلان في وجه من يدعي بطلان العقد فلا يؤثر فيه التقادم شرعاً ولا قانوناً كما أوضحناه . وهذا ما استقر عليه الرأي وصيغ على وفقه هذا النص عند مناقشته في لجنة المراجعة في المجلس النيابي المصري .

( ر : كتاب « التقنين المدني المصري » للاستاذ جمال الدين العطيبي : ج ١ ص / ٢٦٥ في الحاشية / ٢ ) .

(١) — معنى الفساد لغة واصطلاحاً

٣٦٢ — الفساد في أصل اللغة : هو تغير الشيء عن الحال السليمة وخروجه عن الاعتدال ، فهو ضد الصلاح ، يقال: فسد اللبن واللحم والفاكهة والهواء : اذا اعتراه تغير أو عفونة حتى أصبح غير صالح .

ثم استعمل لغة في جميع الأشياء والأمور الخارجة عن نظام الاستقامة ، كالبغي والظلم والفتنة . وعليه قوله تعالى : « ظهر الفساد في البر والبحر » وقوله : « والله يعلم المفسد من المصلح » .  
( ر : مفردات الراغب الأصفهاني ، والمصباح ، والقاموس المحيط ، وأساس البلاغة ) .

ثم لما نشأت الاجتهادات الفقهية واصطلاحاتها أطلق فقهاء الحنفية الفساد على معنى تشريعي مدني جديد ؛ فاستعملوه للدلالة على حالة يعتبرون فيها العقد مختلاً في بعض نواحيه الفرعية اختلالاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطلان : فلا هو بالباطل غير المنعقد ، لأن مخالفته لنظامه الشرعي ليست مخالفة في ناحية جوهرية كما في حالة البطلان ؛ ولا هو بالصحيح التام الاعتبار ، لأن فيه إخلالاً بنظام التعاقد ولو أن هذا الإخلال في ناحية فرعية غير جوهرية .

ولفظ الفساد يشعر بذلك لأنه ينبئ بمعنى التغير والاختلال في شيء موجود .

(٢) — منشأ نظرية الفساد والاختلاف فيها

٣٦٣ — إن نظرية فساد العقود خفية المنشأ ، كما أشرنا إليه ، فإن الاجتهاد الحنفي هو الذي قررها وانفرد بهامن بين سائر الاجتهادات الأخرى التي لا تجعل بين البطلان والصحة مرتبة ثالثة .

فالعقد عند جمهور المجتهدين — بالنسبة الى وجوده الاعتباري وعدمه — هو بين حالتين اثنتين : إما صحيح ، وهو المنعقد ، وإما باطل أو فاسد ، وهو غير المنعقد ، وذلك عندما يخالف العقد الأمر والنهي الشرعيين في نظام التعاقد .

غير أن الاجتهاد الحنفي لحظ أن صور المخالفات ليست في درجة واحدة ، بل منها مخالفات أساسية ، ومنها فرعية . فلا ينبغي أن تكون النتيجة واحدة في الحالين ، لأن قوة الجزاء المؤيد يجب أن تتناسب مع درجة المخالفة للنظام . والعقد المخالف لنظامه في ناحية فرعية فقط هو موافق للنظام المشروع في جميع النواحي الأساسية ، وتوافرت فيه أركانه وسائر مقوماته وشرائطها . فيجب أن يكون في مرتبة بين البطلان والصحة .

### ٣٦٤ - سبب اوفتوف في مرتبة الفساد

واصل ذلك أنهم اختلفوا في مقتضى النهي الشرعي عن التصرفات ذات الوجود الاعتباري كالعقود .

— فذهبت بعض الاجتهادات ، وخاصة الحنيلي ، الى أن مقتضى النهي البطلان ، لأنه ينافي مشروعية الفعل المنهي عنه مطلقاً ، دون تمييز بين النواحي التي يتعلق بها النهي . وعلى هذا حكموا ببطلان عقود الربا ، للنهي القرآني فيها بقوله تعالى :

« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ »  
وحكموا كذلك ببطلان العقد المقترن بشرط ممنوع للنهي عنه في السنة النبوية . وقد يطلون الشرط دون العقد .

وذهب الاجتهاد الحنفي الى أن مجرد النهي عن الفعل لا يدل على عدم مشروعية أصله حتماً ؛ بل قد تجتمع مشروعية أصل الفعل مع النهي عنه ، كما يظهر من التفصيل التالي :

### ٣٦٥ - اضمحلال آثار النهي الشرعي باضمحلال أسبابه

فانهى عنه الشارع من التصرفات نهياً دون أن ينص على بطلانه نصاً ، فإن نتيجة النهي تختلف فيه باختلاف سبب النهي ؛ أي باختلاف نوع المخالفة للنظام الشرعي .

( أ ) — فقد ينهى الشرع عن الفعل لأنه ليس بمشروع من أصله ،

إذ يكون من المفاسد القبيحة في ذاتها - كالزنى والقتل والغصب .  
وفي مثل هذا يعتبر الفعل المنهي عنه باطلاً محضاً لا يفيد صاحبه  
ثمرة أو منفعة . وعلى هذا لا يثبت في الزنى المحض نسب ولا مهر، ولا  
يرث القاتل من قتيله ، كما لا يملك الغاصب المغصوب .

ومن هذا القيل النهي الوارد في السنة النبوية عن بيع « الملاحيح  
والمضامين » كما تقدم في نظرية العقود ( ر : ف/ ٢٩٦ ح ) ، فان  
الشرع لم يعتبرها عملاً صالحاً للعقد . وكذا النهي عن بيع الملامسة  
والمنازلة ( ر : ف/ ١٣٦ ) لأنه لم يعرب عن تراض صحيح . فتكون  
مذه العقود فاقدة بعض مقوماتها من محل أو ركن . فتعتبر باطلة .

ب ) - وقد ينهي الشرع عن الفعل المشروع الوصل ، فينصرف  
النهي الى وصف يستقبحه الشارع فيه ويريد تجريده عنه . ذلك لأن  
الأصل لما كان مشروعاً لم يبق الا الوصف هدفاً للنهي . وذلك كالتنهي  
الشرعي عن الربا ، فان عقد الربا هو بيع أو قرض فهو مشروع  
الأصل ؛ ولكن فيه وصفاً زائداً يستقبحه الشارع هو اشتماله على فضل  
بلا عوض .

وكذلك النهي عن اشتراط بعض شروط خاصة في عقد البيع  
والاجارة فان عقدهما في أصله مشروع ، ولكن الشرط هو وصف  
غير مشروع .



فالعقد المنهي عنه إذا كان من هذا القبيل - أي مشروع الوصل - لا يفيد النهي بطلانه كغير المشروع أصلاً ، بل يعتبر منعقداً انعقاداً فاسداً : أي مختلاً في ناحية فرعية منه اختلالاً يجعله مستحقاً للإبطال ، ما لم يمنع من إبطاله مانع . فإذا منع من إبطاله مانع ، كما سئرى ، استقر اعتباره وثبت حكمه .

أما الباطل فإنه لا يترتب عليه شيء من نتائج العقد الصحيح كما تقدم . وهذا معنى قول الفقهاء في تعريف العقد الفاسد : أنه « هو العقد المشروع بأصله لا بمرصفه » . بخلاف العقد الباطل ، فإنه عند عدم غير مشروع بأصله ولا بمرصفه ، كما تقدم في بحث البطلان ( ف / ٣٤٦ )<sup>(١)</sup> .

---

(١) - ولتمييز عدم مشروعية أصل العقد عن عدم مشروعية وصفه بنظر إلى مقومات العقد الخمسة : وهي : العاقدان ، والمحل ، والموضوع ، والركن ، ( الركن هو الإيجاب والقبول المعبران عن التراضي أو ما يقوم مقامهما في هذا التعبير ) : فإذا كان النهي منصباً على أحد هذه المقومات ومؤثراً في صلاحها أفاد عدم المشروعية في أصل العقد فيبطل . وإذا كان منصباً على ناحية أخرى فرعية من العقد ، وكانت مقوماته هذه كلها سليمة ، فالعقد حينئذ مشروع الأصل غير مشروع الوصف . وهذا يستوجب الفساد لا البطلان .

وعلى هذا ، فالنهي عن بيع الملائيق والمضامين قد تعلق بالمحل وهو المبيع والنهي عن بيع الملامسة والمناذرة قد تعلق بالركن وهو التراضي ، لعدم قيام طريقة المناذرة واللامسة مقام الإيجاب والقبول في نظر الشارع وبما أن المحل والركن هما من مقومات العقد كان هذا النهي مفيداً عدم مشروعية أصله فيبطل .

(ج) — وقد ينهى الشرع عن الفعل المشروع الذي ليس في أصله أو أوصافه الذاتية أية مخالفة لنظامه ، وتكون علة النهي أمراً خارجياً محضاً ، كالنهي القرآني عن البيع وقت أذان الجمعة .

فهذا النهي لا يوجب بطلاناً ولا فساداً ، لأن البيع - من حيث إنه عقد مدني - هو تام المقومات والشرائط الذاتية ، وإنما النهي لمعنى خارجي هو الانتهاء بالعقد عن العبادة الواجبة . فمقتضاه مجرد الحرمة الدينية ، كما لو اشتغل الانسان ببياعاته عن صلاة أخرى حتى فات وقتها . فإن ذلك محرم ديانة ولكنه لا يؤثر في صحة عقوده التي مارسها عوضاً عن العبادة في وقتها .

ومن هذا القبيل النهي الوارد في السنة النبوية عن خطبة الانسان

---

= وكذلك عقد المجنون مثلاً ؛ فان عدم أهلية العاقد كعدم العاقد . وان العاقد من مقومات العقد ، فيبطل عقد المجنون بطلاناً .

وهذا بخلاف عقد الربا فان المقومات فيه كلها سليمة من عاقيه وبحله وركنه وموضوعه الذي هو بيع أو قرض . ومتعلق النهي فيه إما هو الفضل في أحد العوضين ، وهو ناحية فوعية زائدة عن المقومات الخمسة . فيكون عقد الربا مشروعاً بأصله ، وإنما أفاد النهي التشريعي عدم مشروعية ما اشتمل عليه من زيادة خالية عن عوض ، وهي من أوصافه ، فيفسد العقد فساداً ولا يبطل بطلاناً .

( ر : « الفروق » للقرافي المالكي : ج ٢ الفرق / ٧٠ ) .

على خطبة أخيه ، وسومه على سوم أخيه ، إلا أن يأذن له<sup>(١)</sup> ، وأمثال ذلك من صور النهي . فلا يوجب هذا النهي في النكاح والشراء الواقعين كذلك بطلاناً أو فساداً من الوجهة المدنية القضائية ، وإنما يوجب كراهة دينية لمعنى أخلاقي خارج عن عناصر تكوين العقد .

ونحن إذا ساوينا بين النتائج في جميع حالات النهي دون نظر الى علة النهي وهدفه ، نكون قد ساوينا بين ماهية عقدية كاملة سليمة وأخرى ناقصة .

٣٦٦ - هذا محصل نظر الأصوليين والفقهاء في مبنى نظرية الفساد التي ذهب إليها الاجتهاد الحنفي ، عرضناه هنا بتبسيط وتوضيح<sup>(٢)</sup> .

(١) - خطبة الانسان على خطبة أخيه : هي أن يكون رجل خاطباً امرأة للزواج ، فيأتي غيره فيزاحمه عليها ويخطبها لنفسه قبل انقطاع المفاوضة مع الأول .

وسوم الانسان على سوم أخيه : هو نظير ذلك في الشراء : أي ان يتقدم الى استيلاء شيء ليشتريه بينما يستامه شخص آخر . وقد روى الإمامان البخاري ومسلم في صحيحهما أن النبي عليه السلام نهى عن ذلك .

( ر : الهداية زفتح القدير ، فصل البيع المكروه ١٠٧/٦ ورد المختار ١٣٢/٤ و نصب الرأية لاحاديث الهداية ، للزيلعي ، كتاب البيوع : ج ٤ الحديث / ١٤ ) .

★ (٢) - ر : اصول فخر الاسلام للبزدوي وشرحه « كشف الاسرار » باب النهي ١ / ٢٥٦ ٢٩١ / وخاصة الصفحات / ٢٥٨ و ٢٦٦ و ٢٦٨ و ٢٧٠ =

وقد قال القرافي المالكي في كتابه « الفروق » عن مبنى هذا التمييز بين الفساد والبطان في نظرية أبي حنيفة « انه فقه منى » .  
والاجتهادان المالكي والشافعي ، خلافاً للحنبلي ، قد تابعا في مواطن دون أخرى التمييز الحنفى بين نهي مفسد لماهية الفعل ، ونهي متعلق بأمر خارج عنها فلا يفسدها . لكنها على كل حال ، كغيرهما من الاجتهات ، لم يميزا بين الفساد والبطان في المعنى والنتائج .  
( ر : « الفروق » للقرافي : ج ٢ الفرق / ٧٠ ) .

وبذلك يتضح مما تقدمت الإشارة إليه أن العقد الفاسد في نظر .  
الفقهاء يعتبر في مرتبة بين البطلان والعزم . فلا هو بالبطلان المعدوم الاعتبار ولا بالصحيح التام الاعتبار . وذلك عندما يكون العقد مستوفياً شرائط ركنه وسائر مقوماته ، وهي الشرائط الأساسية الضرورية لانعقاده ، ولكنه مخالف لنظام التعاقد من حيث اشتتاله على ما كان يجب أن يخلو عنه كالشروط الممنوعة ، أو من حيث خلوه عما يجب أن يشتمل عليه كعلومية محل العقد ، فانه اذا لم يكن معلوماً فسد العقد .

---

= و ٢٨٠ و ٢٩٠ / وفتح القدير شرح الهداية باب البيع الفاسد : ٦ / ٤٢ و ٥٥  
و ٩٣ / والبدائع أيضاً : ٥ / ١٩٩ - ٣٠٠ )

(٣) — التصرفات التي يفترق فيها الفساد عن البطلان

٣٦٧ — رأينا في البحث السابق أن البطلان يجري في جميع

أنواع التصرفات من فعلية وقولية ، عقدية كانت أو غير عقدية .

( ر : ٣٤٣ - ٣٤٥ ) .

أما الفساد فجاءه أضيق من ذلك ، فإن التمييز بين البطلان والفساد لا يشمل جميع التصرفات . بل إن منها ما ليس له إلا مرتبتان : العصة والبطون ، فلا فرق فيه بين فاسد وباطل في عدم الاعتبار الشرعي . غير أن فقهاء المذهب الحنفي الذي أسس نظرية الفساد الى جانب البطلان في نطاق المؤيدات الشرعية لم يضع فقهاؤه الى اليوم ضابطاً يقيم حداً واضحاً لما يجري فيه هذا التمييز بين البطلان والفساد وما لا يجري ، ولكنهم قد فصلوا أسباب الفساد وأحكامه تفصيلاً مستوعباً في الفصول التي ميزوا بين بطانها وفسادها ، كالبيع والإجارة والهبة والمخارجة وغيرها .

وهم يصرحون في بعض الفصول الأخرى أنها لا فرق فيها بين فاسد وباطل كما في العبادات ، من صلاة وصيام وحج وإيتاء الزكاة . فانها جميعاً تكون : إما صبيحة مبرئة لذمة المكلف ، أو غير صبيحة فلا يسقط بها الواجب ، وفي هذه الحال يقال : انها فاسدة أو باطلة بمعنى واحد . ( ر : رد المحتار : ج ١ ، أول باب مفسدات الصلاة ) .

ضابط ما يجري فيه نظرية الفساد وما هو مجري .

هذا ، وباستقراء نصوص الفقهاء والأصوليين وتبعض مباحثهم في التمييز بين البطلان والفساد في شتى الفصول الفقهية من الأحكام المدنية يظهر لنا في محل هذا التمييز الضابط التالي :

ان التمييز بين الفساد والبطلان لا يجري الا في العقود المالة التي تنشئ التزامات متقابلة او تغل الملكية .

أ) — فيدخل في هذا الضابط عقود البيع والإجارة والرهن والحالة والصلح عن المال والمخارطة والقسمة والشركة والمزارعة وأمثالها ، لأنها تنشئ التزامات متقابلة .

ويدخل أيضاً عقد القرض والهبة ، لأنها ينقلان الملكية .

فكل ذلك ، بما يتميز فساداً عن بطلانه ، يعتبر مع الفساد منعقداً .

ب) — ويخرج عن هذا الضابط جميع التصرفات الأخرى التالية :  
١ — التصرفات الفعلية مطلقاً .

٢ — التصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود ، بل من تصرف الإرادة المنفردة كالطلاق والاعتاق ، والوقف والإبراء ، والكفالة ، وكذلك الإقرار .

٣ — العقود غير المالية كالزواج والوكالة والوصاية والتحكيم ، فان الوكالة والوصاية والتحكيم عقود تفويض .

٤ - العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة .

حتى ان الفقهاء لا يصورون الفساد في الاعارة إلا عندما تكون لقاء عوض فتأخذ حكم الاجارة .

فكل هذه الأنواع من التصرفات التي تخرج عن ذلك الضابط لا يعتبر لها إلا مرتبتا وجود وعدم ، أو صحة وبطلان . وليس لها بينها مرتبة ثالثة هي الفساد . بل ان فسادها في بطلانها بمعنى واحد في الدلالة على عدم وجودها الاعتباري في نظر الشرع<sup>(١)</sup> .

---

(١) يلحظ هنا ماسبق بيانه في بحث البطلان من ان النكاح الباطل قد تترتب عليه بعض آثار النكاح الصحيح من نسب ومهر وعدة اذا عقبه دخول ذلك لانه يعتبر فيه شبه كافية لاثبات النسب الذي يتوسع الشرع في اثباته احتياطا . ويتبع ذلك المهر والعدة ( ر : ف / ٣٥٣ ) .

وهذا الاثر هو ما دعا بعض الفقهاء الى ان يميزوا بين فاسد النكاح وباطله ، لامن حيث الانعقاد وعدمه ، فكلامهما غير منعقد ، بل من حيث ثبوت هذه الآثار وعدمها .

- فالنكاح الفاسد عندهم : هو ذلك الذي يصلح أن يكون فيه شبهة استئصال للمصلحة بغيرها النسب والمهر والعدة وان لم يكن النكاح منعقداً ، كالنكاح بلا شهود ، ونكاح المعتدة قبل انقضاء عدتها ، وزواج الرجل بمطلقة بعد ثلاث تطليقات قبل تحقق اسباب حلها الجديد .

- أما النكاح الباطل : فهو الذي لا شبهة فيه أصلاً ، كما لو تزوج رجل احدى =

وقد عدد الفقهاء في بعض المناسبات التصرفات التي يعتريها الفساد  
تعداداً يختلف زيادة ونقصاً ، فأوصلوها الى واحد وعشرين ، ونظموها  
شعراً . وصرح بعضهم بتساوي معنى الفساد والبطلان في الوكالة  
والوصاية والوقف والاقالة والصرف ( ر : الدر المختار ورد المحتار  
باب المهر في النكاح : ٢ / ٣٥٢ - ٣٥٤ ) .  
غير أننا نلاحظ على ذلك ملاحظتين :

- ( ١ ) — أنهم لم يستوعبوا جميع ما يستوي فيه الفساد والبطلان .
  - ( ٢ ) — ان عدم الاقالة والصرف مما يستوي فيه الفساد والبطلان  
غير مسلم به ؛ بل الفرق فيما بين الفاسد والباطل هو الموافق للقواعد .
- ٣٦٩ — مرملة :**

إن العلامة المرحوم علي حيدر أفندي قد أجرى نظرية الفساد هذه  
في الدعوى قياساً على العقود ، فقسم الدعوى في كتابه « أصول استماع  
الدعوى » الى ثلاثة أنواع :

- ١ — دعوى صريحة : وهي الدعوى المستوفية جميع شرائطها وتضمن  
طلباً مشروعاً ، كطلب ثمن مبيع أو استرداد مغبوب . وهذه يترتب

---

== محارمه كبتته او اخته عالماً بالحرمة ، فانه كالزنى المحض بل افطع . فلا يترتب  
عليه اثر من نسب او مهر . ونجب فيه عقوبة الحد على ارجح الآراء المذهبية  
( ر : رد المختار في باب المهر : ٢ / ٣٥٠ - ٣٥١ / وفي حد الزنى : ٣ / ٢٤٣ - ٢٥٤ ) .



عليها سير المحكمة في اجراءاتها من تكليف الخصم بالجواب عنها ،  
وتكليف المدعي باثبات مدعاه اذا انكر خصمه الخ ...

٢- وفاسرة : وهي الدعوة المستوفية شرائطها الاساسية بحيث  
تكون صحيحة من حيث الأصل . ولكنها مختلفة في بعض اوصافها  
الخارجية ( أي فيما سميناه : ناحية فرعية ) وذلك كما اذا كان المدعي به  
مجهولاً بأن ادعى أحد على آخر بدین مثلاًم يبين مقداره ، فهي على هذا  
الوجه غير صالحة لأن تسير فيها المحكمة ، ولكنها قابلة للإصلاح . وهذه  
لايجوز ردها فوراً ، ولا السير فيها وتكليف الخصم الجواب عنها . بل  
يكلف المدعي أولاً تصحيحها بتحديد مدعاه . فاذا صححها واستكمل  
نواقصها سارت فيها المحكمة وإلا ردتها . ولا يستلزم هذا الرد سقوط  
الحق بتاتاً ، بل للمدعي أن يحددها على وجه صحيح متى شاء .

٣- وبالملة : وهي الدعوى غير المشروعة في أصلها كمن ادعى  
على أحد بطلب صدقة ، أو يوفاء دين لأنه من جيران المدين ، أو بطلب  
تنفيذ عقد باطل<sup>(١)</sup> . وهذه لا يترتب عليها حكم ، بل يردّها القاضي عفواً  
لعدم إمكان إصلاحها ( ر : اصول استماع الدعوى : ص ٤٣/٤٥ ) .

---

(١) معنى ذلك أن المدعي معترف في دعواه بأن العقد الذي يطلب تنفيذه  
هو عقد باطل ، فاذا كان يزعم صحته فالدعوى عندئذ صحيحة مبدئياً ، ثم للمحكمة  
الفصل في صحة العقد أو بطلانه .

وهذا تفقه حسن وقياس جيد ، وعليه العمل القضائي لدينا . وان  
نصوص الفقهاء وقوانين اصول المحاكمات — وان لم تقسم الدعوى غير  
الصحيحة الى فاسدة وباطلة ، ولم تميز فيها هذا التمييز من حيث الاسم —  
هي مؤيدة له من حيث الحكم والعمل .

وان المادة / ٥٠ / من قانون الاصول الحقوقية العثماني تنص على أنه  
اذا كان في الدعوى ايهام تستوضح المحكمة من المدعي لازالة ايهامها ،  
ولم توجب ردها رأساً .

والتعامل القضائي في الدعوى المشروعة الأصل أنها لا ترد لخلل  
فرعي قابل للتدارك — كالجحالة مثلاً — الا اذا عجز المدعي عن استكمال  
نقصها ، بخلاف الدعوى غير المشروعة أصلاً ، ولا سيما بعد أن  
أصبحت الدعوى خاضعة لرسوم مالية ومراسم قانونية ، وردها يضيع  
على المدعي تكاليف وجهداً وزمناً .

فيجب التمييز في الدعاوي غير الصحيحة بين دعوى مشروعة في  
أصلها قابلة للتصحيح ، فتكون فاسدة فساداً ، ويكلف صاحبها  
تصحيحها ، وبين دعوى غير مشروعة أصلاً لفقدان شريطة أساسية ،  
فتكون باطلة بطلاناً .

وبناء على ذلك تضاف الدعوى إلى زمرة ماتجري فيه نظرية الفساد  
وتعتبر مستثناة من الضابط الذي نصبناه ، فانها من التصرفات القولية

غير العقدية ، ومع ذلك يميز فيها بين الفساد والبطلان .

#### (٤) — التعريف الاصطلاحي للفساد

٣٧٠ — أشرنا فيما سلف الى أن فقهاء المذهب الحنفي الذين أسسوا نظرية الفساد الى جانب البطلان في المؤيدات المدنية ، يعرفون العقد الفاسد بأنه : هو العقد المشروع بأصله يبرصه ( ر : ف / ٣٦٨ ) .

ونرى أن هذا التعريف لا يعطي صورة واضحة عن حقيقة معنى الفساد ، وإنما يكشف عن سببه فقط ، كما أن فيه غموضاً يورث كثيراً من الاشتباه . وبناء على ما تقدم يمكننا أن نعرف الفساد في العقد بمعناه المقصود في اصطلاح الفقه الحنفي تعريفاً آخر بأنه :

هو المختل في العقد الخالف لنظام الشرعي في

نامية فرعية ضمنه يجعله مستحقاً للفسخ .

وهذا التعريف ، بعدما سلف من بيان ، أصبح واضحاً . وهو يمتاز :

١ — بأنه يصور حقيقة الفساد التي هي خلل اعتباري في العقد ، ويشير الى سببه الموجب له وهو مخالفة نظام التعاقد في ناحية فرعية .

٢ — بأنه يصف تأثير الفساد في العقد بأنه يجعله مستحقاً للفسخ والابطال ، فيشير الى نتيجة الفساد التي سنبحث عنها قريباً .

٣ — بأنه يفيد أن العقد الفاسد متعقد . وذلك عن طريق وصفه باستحقاق الفسخ ، إذ لا يستحق الفسخ إلا ما كان متعقداً ذا وجود اعتباري قائم في نظر الشرع .

هذا ، وإن استحقاق الفسخ لا يفيد معنى تحتم الفسخ في جميع الأحوال ، بل يتلاءم هذا التعبير مع الحالات التي يمتنع فيها فسخ العقد الفاسد شرعاً بمانع في بعض الأحوال ، كما سنرى في بحث نتيجة الفساد . هذا ، ومن تعريف الفساد يفهم تعريف العقد الفاسد .

## (٥) — أسباب الفساد

### الأسباب العامة والخاصة

٣٧١ — إن حالات الفساد ، كما يفهم من تعريفه ، ترجع إلى سبب عام هو :

مخالفة العقد لنظام الشرعي في ناحية فرعية منممة .

وهذا السبب العام يبرز في العقود بصور عديدة يمسك بها الفقهاء ويحددونها في كل عقد ، فتعتبر هي السبب المباشر في فساده .

وهذه الصور المختلفة للمخالفة الموجبة للفساد: منها ماله تأثير مفسد عام في العقود التي يعترها الفساد ، ومنها ما يختص ببعض هذه العقود دون بعض .

ومن ثم تنقسم أسباب الفساد الى نوعين : عامة وخاصة .  
فأما الأسباب الخاصة فيرجع في معرفتها الى شرائط الصحة في كل  
عقد على حدة من كتب الفقه ، ولا مجال لعرضها هنا في هذا البحث العام .  
فالشيوع مثلاً يفسد الرهن ، ولا يفسد البيع ( ر : ف / ١٢٤ - ١٢٥ ) ،  
والاشتراط الممنوع ، المسمى بالشرط المفسد ، يفسد عقود  
المعاوضات ولا يفسد الهبة ( ر : ف / ٢٥١ ) وهم جراً ...  
وتلك الأسباب العامة للفساد ، فيما يظهر لنا بالاستقراء ، لا تعدو  
ثلاثة : الجهالة ؛ والغرر ؛ والوكراه ، على رأي من يرى الاكراه موجباً  
لفساد العقد لا لتوقفه . ( ر : ف / ١٨٥ ح و ١٩٤ ح ) .  
وسنشرح الأسباب الثلاثة العامة فيما يلي :

#### ( أ ) - الجهالة

٣٧٢ - الجهالة المفسدة للعقود في الاجتهاد الحنفي إنما يراد بها  
الجهالة انفاضة ؛ وهي التي تفضي الى نزاع مشكل . والنزاع المشكل : هو  
الذي يتعذر حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه استناداً الى تلك الجهالة .  
( ر : البدائع في الاجارة : ٢٠٧ / ٤ ) .

وذلك كما لو باع انسان شاة غير معينة من قطيع غنم : فالبايع قد  
يريد اعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين . والمشتري كذلك يريد الجيدة  
بحجة عدم التعيين أيضاً .

وكذا لو تعاقدوا بأجرة مجهولة، أو مزارعة دون بيان حصة كل منهما من الحاصل ولا يوجد عرف في مكان العقد ليرجع إليه .  
وكذا لو عقد أشخاص شركة دون بيان كيفية تقسيم الربح بينهم  
( ر : المجلة / ١٣٣٦ ) .

فكل ذلك وأمثاله من صور الجهالة مفسد للعقد .  
أما الجهالة التي لا تؤدي الى نزاع مشكل فلا تضر بالعقد . وذلك  
كما لو باع الانسان كل ما في صندوقه أو في بيته دون معرفة ما فيه .  
فيصح العقد ؛ لأن المبيع ، وان كان مجهولاً ، هو معين بالذات بمجرد حاصر  
له متفق عليه وهو الصندوق أو البيت . وهذا التعيين حجة صالحة  
للازام كلا المتبايعين وحسم النزاع : فانه اذا ظهر أكثر مما يظن البائع  
فحجة المشتري عليه راجحة ؛ واذا ظهر أقل مما يظن المشتري فحجة  
البائع عليه راجحة . ( ر : رد المحتار / ٢١ / ٤ ) .

وعلى هذا يجوز الاجتهاد الحنفي أيضاً اشتراط خيار تعيين في عقود  
المعاوضة ، كما لو بيع أحد أشياء معينة على أن يكون لأحد المتعاقدين  
من بائع أو مشتر حق تعيين الواحد الذي ينصرف اليه البيع .  
وقد أقر الاجتهاد الحنفي اشتراط خيار التعيين هذا قياساً على  
خيار الشرط ( ر : ف / ١١ ثامناً ) لحاجة المتعاقد الى التروي والمشورة  
فيها . وقالوا : لا يضر ما فيه من جهالة المبيع عند العقد ، لأنها غير

مفضية الى نزاع مشكل ، فان تفويض التعيين الى أحد المتعاقدين قد فتح طريق ازالة هذه الجهالة ، وجعل إرادة المفوض في التعيين ملزمة للآخر برضاه . وهذا صالح لحسم النزاع قضاءً دون تجاوز على إرادة أحد العاقدين .

( ر : « الدرر شرح الغرر » ، كتاب البيوع : ١٥٤/٢ ) .

### ٣٧٣ - الجهات التي تتعلق بها الجهالة المفسدة :

هذا ؛ وان الجهالة المفسدة للعقد إنما ترجع غالباً الى أربع جهات :  
١ - الجهالة في المعقود عليه : وذلك كجهالة المبيع في عقد البيع أو المأجور في الاجارة ، أو المصالح عنه في الصلح ، أو الموهوب في الهبة ، وهكذا .

٢ - جهالة العوض في عقود المعاوضات المالية : وذلك كجهالة الثمن في عقد البيع ، وجهالة البدل المصالح عليه في عقد الصلح .  
٣ - جهالة الآجال في كل ما يجري فيه أجل ملزم : وذلك كجهالة المدة المتعاقدة عليها في عقد الاجارة ، وجهالة موعد استحقاق الثمن المؤجل في عقد البيع ، أو موعد استحقاق البدل المؤجل في عقد الصلح . أما الأجل غير الملزم فلا تضر جهالته كمدة استئجار عقد الشركة . فان الشركة عقد غير لازم في الاجتهاد الحنفي . فلو حدد لها أجل جاز

للتبريك فسخها قبله . فلا حاجة الى معرفة أجلها سلفاً ، بل تستمر حتى يوجد ما ينهيها من فسخ قصدي أو موت .

٤ — جهالة وسائل التوثيق المشروطة في العقد : وذلك كالأمر  
اشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل . فيجب  
أن يكون الكفيل والرهن معينين ، وإلا فسد البيع .  
ملاحظة :

هذا ، ويلاحظ في هذا المقام أن الفقهاء في بحثهم عن الجهالة المفسدة  
يصفونها بأنها « الجهالة المفضية الى النزاع » .

هكذا يطلقون التعبير بالنزاع ، وإنما مرادهم النزاع المشكل الذي  
يتعذر حسمه لتساوي حجج الطرفين فيه على نحو ما أوضحناه ، وذلك  
بدلالة الفروع التي يذكرونها . وإلا فإن مطلق النزاع لا يمكن اجتنابه  
بعد التعاقد ولو كان التعاقد صحيحاً . فالقضاء هو الكفيل بإحقاق  
الحق وحسم النزاع وفقاً لنصوص العقود وقواعد الأحكام . وإنما  
المشكلة عندما يكون في العقد جهالة تصلح متمسكاً لكل من  
الطرفين في إرادته ، فيتعذر على القضاء حل النزاع دون استبعاد  
وتجاوز على الإرادات .

ب) — الفرع

٣٧٤ — الفرع ( بفتحين ) : هو في اللغة بمعنى التفرير : أي



الايهام والتوريث ( ر : القاموس المحيط ) .

والمراد به عند الفقهاء أن يعتمد التعاقد على أمر موهوم غير موثوق .  
وسمي كذلك لأن ظاهره يغرر العاقد ويورطه في نتيجة موهومة .

وأصله ما ثبت في السنة أن النبي عليه الصلاة والسلام « قرئ من  
بيع الغرر » . ( ر : النهاية لابن الأثير ، والجامع الصغير : رقم / ٩٤٣٩ /  
وشرحه « فيض القدير » للناوي ) .

والاجتهاد الحنفي يميز في هذا الصدد بين نوعين من الغرر :  
الاول ( - غرر في أصل المعقود عليه : وهذا يوجب بطلان العقد ،  
وذلك كييع الحمل في بطن أمه ، فانه باطل لاحتمال أن يكون انتفاخاً ،  
أو أن يولد ميتاً .. وكييع ضربة القانص والغائص : أي ما سيخرجه  
الصيد في شبكته ، والغائص في غوصته من السمك أو الدرر . فلا  
ينعقد البيع في شيء من ذلك للغرر ، فانه أشبه بالقمار . ولذا كانت  
المباحات لا يجوز بيعها قبل احرازها .

والثاني ( - غرر في الأوصاف والقادر ونحوهما من النواحي  
القرعية : وهذا يوجب فساد العقد ، وهو المقصود هنا .

وأكثر ما يذكر الفقهاء الفساد للغرر في البيوع والشركات :  
— ففي البيوع : لو باع شخص بقرة واشترط أنها تحلب كذا رطلاً ،  
فاليبيع فاسد للغرر ، إذ يمكن أن لا تحلب هذا المقدار تماماً . وهذا

بخلاف ما لو باعها على أنها حلوب أو غزيرة اللبن، فهذا وصف لا غرر فيه : فإذا تبين أنها ليس لها لبن تسمى به حلوباً أو غزيرة اللبن في العرف ، يحق للمشتري الفسخ بخيار موت الوصف المروط .  
وكذا لو باع شاة على أنها حامل ، أو حامل ذكراً . فالبيع فاسد للغرر .

— وفي الشرط : لو اشترط المتعاقدان في عقد الشركة أن يكون لأحدهما ذنانير أو دراهم معينة من الربح فإن ذلك غرر ، لاحتمال أن لا تربح الشركة سوى هذا القدر أو أقل أو لا تربح أصلاً أو تخسر . فيشترط لصحة الشركة أن يكون الربح موزعاً بين الشركاء حصصاً شائعة نسبية ، كالنصف أو الربع ، أو كذا في المائة ، فإذا شرط لأحدهم مقدار مقطوع فسدت الشركة ( ر : المجلة / ١٣٣١ )<sup>(١)</sup> .

---

(١) — يلحظ هنا أن المجلة قد عبرت في هذه المادة بطلان الشركة إذا اشترط فيها مقدار مقطوع من الربح لأحد الشركاء . لكن المراد الفساد ، كما تصرح به نصوص الفقهاء في الشركة وهو الموافق للقواعد ( ر : الدر المختار / ٣ / ٤٤٤ ) .  
وكثيراً ما يتساهل الفقهاء في التعبير بين البطلان والفساد ، فيطلقون الفاسد على الباطل ، وبالعكس ( ر : باب البيع الفاسد في الدر المختار ، وفي الدرر ، وفي الهداية ) .

وقد نبه أيضاً على هذا التساهل في التعبير الاستاذ شفيق شحاتة ( ر : رسالته « نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية » : ف / ١٦٣ ) .

قال ابن المنذر : « لا خلاف لأحد من أهل العلم في عدم جواز هذا الاشتراط » ( ر : فتح القدير ٤٠٢/٥ ) .

— وفي المزارعة والمساواة : إذا اشترط كذلك لأحد الطرفين قدر معين مقطوع من محصول الأرض أو ثمر الشجر فسدت المزارعة للغرر . فيجب لصحة العقد أن تكون الحصص من الحاصل شائعة نسبية .

### ج) — الاكراه

٣٧٥ — وأما الاكراه فقد اختلف الرأي في الاجتهاد الحنفي حول أثره في العقود إذا عقدت بالاكراه : هل يفسدها افساداً ، أو يجعلها موقوفة ؟

— فذهب الإمام أبو حنيفة الى أن الاكراه يفسد العقد افساداً ، وتترتب عليه سائر أحكام العقد الفاسد . حتى انه لو كان الاكراه في بيع أو هبة مثلاً تنتقل فيه ملكية المبيع أو الموهوب إذا تم تنفيذ العقد بالتسليم ، وفقاً للأحكام العامة في العقد الفاسد ، كما سئرى في نتائج الفساد .

— وذهب زفر بن الهذيل من كبار أصحاب أبي حنيفة الى أن العقد مع الاكراه صحيح موقوف لا فاسد ، فلا يفيد حكمه بالتنفيذ ؛

بدليل أنه يقبل الاجازة بعد زوال الاكراه بانفاق الآراء . وهذا من دلائل التوقف لا الفساد ، فان الفساد يفسخ فسخاً ولا يرتفع فساده بالاجازة . فالاكراه مانع النفاذ من اللصم .

وقد تقدم ايضاح ذلك في مبحث شوائب الارادة من نظرية العقود فليُنظر ( ف/ ١٨٥ متناً وحاشية ) .

فعلى رأي من رأى الاكراه مفسداً للعقد افساداً يكون الاكراه من أسباب الفساد العامة . وعلى الرأي الآخر يخرج الاكراه عن هذا الموضوع إذ يكون من موانع النفاذ .

وقد بينا هناك أن رأي زفر أوجه من رأي الامام فيما يظهر ، وان المادة / ١٠٠٦ من المجلة يشعر ظاهرها بأنها قد اختارت رأي زفر ، إذ صرحت بأنه العقود الواقعة بالاكراه غير معتبرة ، ولكن إذا أجازها العاقد المستكره بعد زوال الاكراه عنه تعتبر .

فعدم الاعتبار مفاده عدم ثبوت حكم العقد ولو تم تنفيذه . وهذا إنما يتمشى على رأي زفر بالتوقف ، لأن العقد الموقوف هو الذي لا يفيد حكمه قبل الاجازة ، ولا تنتقل فيه الملكية إذا كان ناقلاً لها لو تم تنفيذه . أما أبو حنيفة فيقول بانتقال الملكية في العقد المعقود بالاكراه إذا تم تنفيذه ككل عقد فاسد ، وإنما للمستكره حق الفسخ كما أسلفنا بيانه .

٣٧٦ — هذمهى اوسبب العامة الثلاثة للفساد في الاجتهاد الحنفى .  
 ويليهما في العموم الشرط المفسد : وهو الشرط التقييدي الممنوع  
 الذي تقدم بيانه في بحث الشروط العقدية من نظرية العقود (ف/٢٥١)  
 فان الشرط المفسد يفسد جميع عقود المعاوضات كالبيع والاستصناع  
 والاجارة والصلح والقسمة والمخارجة ، وكذا عقود الشركة  
 والمزارعة والمساقاة .

وما سوى ذلك فاسباب خاصة ينحصر تأثيرها في بعض العقود :  
 فالشيوخ مثلاً يفسد الرهن . والتوقيت يفسد البيع . وعدم التوقيت  
 يفسد الاجارة وعدم التقابض في مجلس العقد يفسد عقد الصرف ..  
 الى غير ذلك بما يرجع في معرفته الى شرائط الصحة في كل عقد على حدة .  
 (٦) نتيجة الفساد

٣٧٧ — رأينا فيما سلف : أن العقد الفاسد يعتبر منعقداً  
 (ف/٣٨) .

ورأينا في تعريف الفساد : انه يجعل العقد مستحقاً للفسخ  
 (ف/٣٧٠) :

ومن الواضح أن انعقاد العقد يستوجب أثره له ، لأن العقد الذي  
 لا يترتب عليه أثره أضلاً هو الباطل .

واستناداً الى هذا النظر تقرر في الاجتهاد الحنفى أن فساد العقد :

بالمعنى الاصطلاحي للفساد : وهو أنه مرتبة متوسطة بين الصحة والبطلان .  
نتيجته هي :

أن يصبح العقد مستحقاً للفسخ بإرادة كل من الطرفين  
وبإرادة القاضي<sup>(١)</sup> .

أي إن العقد الفاسد يفقد قوته الإلزامية . فإذا طوّل أحد  
الطرفين بتنفيذه دفع عن نفسه بالفسخ . فإذا لم يطلب أحد الطرفين  
الفسخ فإن القاضي يفسخه من تلقاء نفسه دون طلب ، ( كما في حالة  
البطلان ) حماية لنظام التعاقد الذي هو من النظام العام وهذا لا ينافي  
ترتيب الأحكام الأصلية على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده . فترتب الحكم  
نتيجة لعدم نفاذ . واستحقاق الفسخ نتيجة للفساد . بحسب التفصيل التالي  
في هاتين النتيجةين .

أولاً) — ترتيب الحكم على العقد الفاسد :

٣٧٨ — فأما ترتيب الحكم على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده  
فانه لا يثبت بمجرد العقد ، كما في العقد الصحيح ، بل يتأخر حتى تنفيذ  
العقد الفاسد : فإذا كان يبيعاً فاسداً مثلاً لا يملك المشتري المبيع بتمام  
الايجاب والقبول . بل متى تسلمه فعندئذ يملكه وينفذ تصرفه فيه .

---

(١) — ( ر : البدائع : ٣٠٠/٥ ) .

وكذا الهبة الفاسدة بالنسبة لامتلاك الموهوب ، والصلح الفاسد بالنسبة لامتلاك البذل ، والقسمة الفاسدة بالنسبة لامتلاك الأقسام ، وهم جراً ( ر : المجلة / ٣٦٦ و ٣٧١ ) .

وفي الاجارة الفاسدة يثبت حكمها وتلزم الأجرة باستيفاء المنفعة فعلاً ؛ لا بمجرد العقد ( المجلة / ٤٧١ ) .

ووجه نظر الفقهاء في تأخير ثبوت حكم العقد الفاسد الى تاريخ التنفيذ أنه ما دام مستحقاً للفسخ وهو عرضة للإبطال — حتى بإرادة القاضي ولو لم يطلب إبطاله أحد الطرفين — فليس من المصلحة الشرعية تعجيل بناء حكم على عقد يوجب الشرع نقضه ، لأن الدفع أسهل من الرفع . ولكن إذا وقع التنفيذ ، والعقد منعقد ، لم يبق مناص من إثبات حكم العقد ( ر : الدرر شرح الغرر ، باب البيع الفاسد : ١٧٤ / ٢ ) .

**٣٧٩** — غير ان هذا الحكم الذي يثبت في العقد الفاسد عند تنفيذه لا تثبت فيه الحقوق المتقابلة بمحدودها التي حددها العقد ، بل يرد الفساد هذه الحقوق المتقابلة الى قواعدها الأصلية التي توجب التعادل في التبادل ، لأن الحدود الاتفاقية في العقد قد فسدت بفساده ( ر : البدائع : ٢١٨ / ٤ ) .

وعلى هذا قرروا في البيع الفاسد أنه اذا تم تنفيذه بالتسليم حتى انتقلت الى المشتري ملكية المبيع ، وجبت عليه قيمته يوم القبض .

والقيمة هي سعر السوق بونته الاتفاق المسمى في العقد (ر: المجلة / ٣٧١)  
وفي الاجارة الفاسدة يستحق المؤجر بتنفيذها أجر المثل كقيمة  
للمنافع المستوفاة ، لا اوجر المسمى في العقد (١) .

وفي الشركة الفاسدة اذا كانت شركة أموال فالربح الحاصل فيها  
يستحقه الشركاء بنسبة حصصهم في رأس المال ، لا بحسب اتفاقهم في

---

★ (١) - لكنهم في فساد الاجارة قد اعتبروا الأجر المسمى حداً أعلى  
بسبب الاتفاق عليه . فيجب أجر المثل على أن لا يتجاوز به الأجر المسمى ،  
الا اذا كان فساد الاجارة ناشئاً عن جهالة الاجرة بسبب عدم تحديدها في العقد ،  
فيجب فيها عندئذ أجر المثل بالغا ما بلغ ( ر : المجلة / ٤٦١ - ٤٦٢ ) .  
وهذا بخلاف قيمة المبيع في البيع الفاسد ، فانها تثبت ولو تجاوزت الثمن  
المسمى فيه .

وبعلل فيها الحنفية هذا التفريق منهم بين البيع والاجارة الفاسدين بأن  
الشيء المبيع فوقيمة بذاته . فتجب في حالة الفساد قيمته المعادلة له بها بلفت .  
أما المنافع فهي في الاجتهاد الحنفي غير متقومة في ذاتها وإنما يقومها العقد باتفاقها  
لا يجوز تجاوزها ( ولابدائع - آخر فصل حكم لإجارة : ٤ / ٢١٨ ) غير أن  
النظرية الحقيقية في عدم تقوم المنافع بذاتها هي نظرية ضعيفة وهي عرضة للتقد  
المر في المذاهب الاجتهادية الاخرى التي تعتبر المنافع كالايمان في التقوم الذاتي ،  
كما سنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية ( المدخل الى نظرية الالتزام العامة )  
في بحث العين والمنفعة من فصل الاموال .

وقد كان ينبغي في فساد جميع العقود ان يعتبر في الحقوق الثابتة فيها  
ما حدده العاقدان ، لان فساد العقد لا يعدم الرضى بالحقوق المتقابلة المحددة فيه ،  
الهم الا اذا كان فساد العقد ناشئاً عن جهالة البذل ، او عن الاكراه عند من  
يرى الاكراه مفسداً للعقد لا موقفاً لحكمه ، فنحن نرى ان يثبت العوض  
المعادل في العقد الفاسد بالغا ما بلغ ، نظير ماقرروا في فساد الاجارة . =



عقد الشركة ( ر : المجلة / ١٣٨ ) .

وإذا كان رأس المال من أحد الطرفين ، كما في شركة المضاربة ، فالربح لرب المال ، والمضارب أجر مثل عمله ، على أن لا يتجاوز المقدار المشروط له في العقد ( ر : المجلة / ١٤٢٦ ) .

٣٨٠ — ملاحظة : في عقد الرهن لا فرق بين صحيح وفاسد

تستوي في نظر فقهاءنا نتيجة الفساد والصحة في عقد الرهن .  
وهكذا يكون الرهن طرفاً مقابلاً للعقود التي يستوي فيها الفساد والبطان .

فقد صرحوا بأن الرهن الفاسد تثبت فيه - بالنسبة الى الاستدانة التي تمت بسببه - أحكام الرهن الصحيح ، من حق احتباس المرهون والامتنياز في استيفاء الدين منه ، ولو أن الراهن المستدين فسخ الرهن بمقتضى الفساد . ويكون المرهون في حالة الفساد مضموناً على المرتهن الدائن بما يعادل الدين كما في الرهن الصحيح تماماً ، وذلك على الراجح من الآراء المذهبية . وذلك لأن الراهن المدين لم يتوصل الى الاستدانة إلا على أساس التوثيق بالرهن . فإذا فسخ الراهن الرهن فعليه إعادة

---

= وقد علمت ان نظرية الفساد بكل ما فيها من قواعد واحكام هي اجتهادية حتمية المنشأ فهي أكثر من غيرها قابلية للتعديل بحسب المصلحة أو اختلاف الانظار التي يعود تقديرها للاجتهاد ولولي الأمر استناداً الى رأي الفقهاء الثقات .

الدين قبل استعادة المرهون . وان حق احتباس مال الغير لاستيفاء الحق منه قد يثبت شرعاً في حالات كثيرة دون رهن عقدي ، كالوكيل بالشراء اذا اشترى للموكل ما وكله بشرائه ، فان له احتباسه عن الموكل حتى يؤدي الثمن ، ولو لم يكن الوكيل قد دفع الثمن من ماله ، لأنه عرضة للمطالبة ( ر : المجلة ١٤٩٠ - ١٤٩١ ) .

فلم يبق فرق بين صحيح الرهن وفاسده من حيث النتيجة ، في حق الاستدانة التي وقعت بسبب هذا الرهن الفاسد . بخلاف الاستدانة السابقة التي تمت خالية عن الرهن ، ثم رهن شيء في مقابلها رهنأ فاسداً فإنه لا يثبت له أحكام الرهن الصحيح .  
أما الرهن الباطل فإنه لا ينعقد أصلاً ، ولا يثبت فيه شيء من أحكام الرهن الصحيح على كل حال<sup>(١)</sup> .

---

★ (١) - مثال الرهن الفاسد الخائف لبعض شرائطه الفرعية المتممة : رهن الحصة الشائعة في مقابل دين . فان المرهون فيه هو مال محتوم قد رهن في مقابل حق مضمون واستوفى شرائطه الأساسية فينعقد . لكن الشيوع يخل بالقبض اللازم فيكون فاسداً ( ر : ف / ١٣٥ ) .

ومثال الرهن الباطل الخائف لبعض شرائطه الأساسية : مالو كان الراهن غير ذي أهلية كالجنون ، أو كان المرهون غير قابل للادئنان كالمال الموقوف ، وكذا لو كان الحق المرهون في مقابله غير مضمون ، كالرهن في مقابل الوديعة ، فان الوديعة أمانة لا تضمن بالهلاك عند الوديعة دون تعد أو تقصير منه ، فيكون عقد الرهن عبثاً غير مفيد ، اذ لو هلكت الأمانة لا يستوفى شيء من الرهن عنها . ( ر : ف / ١٦٩ ) والدر المختار ورد المختار ، آخر كتاب الرهن .

( ر : الدر المختار و رد المحتار ، آخر كتاب الرهن : ٢٣٨/٥ - ٢٣٩ ) .

ثانياً) — استحقاق الفسخ

٣٨١ — وأما استحقاق الفسخ بمقتضى الفساد فهو مقيد

بشرطتين :

( الأولى ) — بقاء المعقود عليه على حاله بعد تنفيذ العقد .

فيمتنع فسخ البيع الفاسد اذا هلك المبيع عند المشتري أو استهلكه أو غير شكله تغييراً يقبل به اسمه ، كما لو كان قمحاً فطحنه ، أو كان دقيقاً فخبزه . وكذا اذا أحدث فيه زيادة كما لو كان المبيع داراً فعمرها ، أو أرضاً ففارس فيها شجراً ، أو كان ثوباً فصبغه .

وامتناع الفسخ في جميع هذه الأحوال وأمثالها يترتب عليه أن تستقر الملكية أو الحكم الذي ثبت بتنفيذ العقد الفاسد .

( الثانية ) — أن لا يؤدي فسخ العقد الفاسد الى إبطال حقوق قد اكتسبها غير المتعاقدين في المعقود عليه ، وإلا كان الحق الناشئ للغير مانعاً شرعياً من فسخ العقد السابق بمقتضى الفساد .

وعلى هذا لو تسلم المشتري المبيع في بيع فاسد حتى اعتبر مال كاله بالقبض ، ثم باعه أو وهبه أو رهنه بعقد صحيح ، أو وقفه ، امتنع فسخ البيع الأول الفاسد واستقر الحكم<sup>(١)</sup> الذي ثبت بتنفيذه . ( ر : المحلة

---

( ١ ) - وهو انتقال الملكية الى المشتري ، والتزامه بقيمة المبيع .

٢٧٧/ والدو المختار ورد المختار في أحكام البيع الفاسد ١٢٥/٤ - ١٢٧  
و ١٣٠ - ١٣١ والبدائع ٣٠٠/٥ - ٣٠٢ .

وغاية الفقهاء من منع الفسخ رغم الفساد عند عدم توافرها  
الشريعتين إنما هي الحرص على استقرار التعامل ، وصيانة الحقوق  
المكتسبة .

### ٣٨٢ - لمن تكون سلطة الفسخ في العقد الفاسد ؟

وسلطة الفسخ تثبت لكل من العاقدين ، شريطة أن يكون بمحض  
الآخر مهما كان سبب الفساد في نظر أي حنفية . وكذا للقاضي هذه  
السلطة ( ر : ف / ٣٧٧ / والبدائع ٣٠١/٥ ) .

لكن ذهب صاحبه الامام محمد الى أن الفساد اذا كان ناشئاً عن  
شرط مفسد مشروط لمصلحة أحد الطرفين على الآخر فحق الفسخ  
ينحصر بالطرف الذي كان الشرط المفسد مشروطاً لمصلحته ، لأنه هو  
القادر على تصحيح العقد بحذف الشرط ، فلو ساغ للآخر الفسخ لأجل  
حقه في التصحيح وتبئيت العقد ( ر : البدائع ٣٠٠/٥ ) .

### ٣٨٣ - يقول الأستاذ شفيق شحاتة في بحثه عن الفساد

ما خلاصته :

« ان القول بانتقال الملك الى المشتري بالتبض في البيع الفاسد هو  
تصوير حنفي بحت ، وهو جوهر نظرية الفساد . وان المقصود

منها في الواقع حماية حقوق الغير ، فلا يصح الاحتجاج بهساد  
المقد تجاه هذا الغير ، وليس بالمالك الشيء الذي خرج من ملكه  
بعقد فاسد ان يسترده اذا تداولته الأيدي ؛ اذ لو صح لذلك  
لتزعزعت العلاقات التعاقدية .

فأسباب الفساد كثيرة ، وليس في الفقه الاسلامي طرق لشهر  
التصرفات<sup>(١)</sup> ، فيبقى الغير جاهلاً لعيوب ملكية من نقل اليه  
الملك ، فاذا اشترى كان ملكه متقللاً ، لهذا أوجب الفقهاء قاعدة  
عظيمة الفائدة ، يمكن بواسطتها الاستثناء عن طرق الشهر ، ذلك  
انهم اعتبروا التصرف في العين يطهرها من العيوب التي تشوب  
ملك المتصرف .

ولكن كيف يتيسر لشخص عليك أكثر مما يملك هو ؟  
يظهر ان هذا الاشكال دعا الفقهاء الى تصور انتقال الملك الى  
المشتري قبض العين المبعة في البيع الفاسد ، وان له ان ينقل  
ملكيتها الى غيره أو يرهنها وعندئذ لا يستطيع المالك<sup>(٢)</sup> في هذه  
الأحوال ان يستردها من الغير . بل له فقط مطالبة المشتري الاول  
بالعوض ، وهو قيمة الشيء المبيع .

---

(١) - أقول: بل ليس في الفقه الاجنبي الحديث أيضاً طرق لشهر التصرف  
في الأموال المنقولة بحيث يعلمه من يشاء ، بل لا يمكن ذلك في المنقولات .  
ولذا اقتضت طرق الشهر القانوني اليوم على التصرفات العقارية بتسجيلها في  
صحيفة العقار من السجل العقاري ، لا مكان ان يكون لكل عقار سجل ،  
بخلاف المنقولات .

(٢) - المراد بالمالك هنا البائع في البيع الفاسد الاول ، وذلك باعتبار  
ما كان ، لأن ملكيته قد انتقلت .

ر : رسالة « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية »  
للأستاذ شفيق شحاتة : ف / ١٧٢ - ١٧٣ ) .  
وهذا كلام جيد وفهم سديد في نظرية الفساد <sup>(١)</sup> .

---

★ (١) -- يرى الاستاذ شفيق شحاتة آراء أخرى في تحليل نظرية الفساد لا نقره عليها ؛ فن ذلك انه يرى :

= « ان الفساد هو في الحقيقة بطلان ، وان العقد الفاسد هو =  
في الواقع باطل لا أثر له فيما بين المعاقدين لأن الفقهاء قد نصوا على  
ان الكفيل ، اذا دفع بمقتضى عقد كفالة فاسد ، ان يسترد ما دفعه الخ . .  
وتنفيذ العقد الفاسد لا يزيل الفساد .

واما قول الفقهاء : « ان القبض ينقل الملكية في البيع الفاسد »  
فليس الوجود تصوير يقصد به تصحيح تصرف المشتري في العين  
المبيعة ، فتحقق بذلك حماية حق الغير .

وبما يؤيد عدم انتقال الملك الى المشتري في البيع الفاسد ان  
العقد المبيع لا يؤخذ بالشفعة رغم حصول القبض » ٥١ .

( الرسالة المذكورة : ف / ١٦٩ - ١٧٠ / بتلخيص )

اقول : يتضح بعد ما اسلفناه من مباحث الفساد المؤيدة بالنصوص ان هذا  
النظر من الاستاذ شفيق شحاتة غير مستقيم للأسباب التالية :

١ - ان الفساد ، كما أوضحنا ، هو مرتبة قائمة بين الصحة والبطلان ( ر :  
البدائع ٥ / ٢٩٩ ) فالعقد الفاسد منعقد لا يمكن أن يعتبر باطلاً ، ولا فيما بين  
المتعاقدين . كيف ونصوص الفقهاء تصرح بان العقد الفاسد منعقد ، والباطل  
غير منعقد ؟ !

٢ - ان الكفالة من التصرفات التي لا يميز فيها بين فاسد وباطل . ففسادها في  
اصطلاحهم بمعنى البطلان ، كما قد بيناه سابقاً ( ر : ف / ٣٦٨ ) =

### ٣٨٤ - افساد ويرفع باوجازة :

هذا ، ويجب أن يلاحظ أن فساد العقد كبطلانه لا يرتفع بإجازة أحد العاقدين أو كليهما ، لأنه ناشئ عن مخالفة نظام العقد ، وليس لأحد أن يقر هذه المخالفة . بل يبقى العقد الفاسد مستحقاً للفسخ ولو أجازته المتعاقدان .

ولكن الفساد يمكن أن يزول بإزالة سببه ، كما لو كان الفساد لشرط ممنوع مفسد فتخلى الطرفان عن الشرط في مجلس العقد . وكذا لو كان الفساد لجألة أحد العوضين في البيع ، أو لجألة نسبة الأرباح في الشركة ، فعين الطرفان العوض أو الربح المجهول . فعندئذ يزول

---

= ٣ - إذا كان تنفيذ العقد الفاسد لا يزال فاسده ، فهذا لا يستلزم أن يكون باطلاً بين المتعاقدين فان مقتضى الفساد هو استحقاق العقد للفسخ ، وهذا لا يمنع بالتنفيذ ، بل يمنعه تعلق حق للخير في المعقود عليه .

٤ - ان العقار المباع يوماً فاسداً لا يؤخذ بالشفعة من المشتري لا لعدم انتقال ملكيته اليه بالقبض ، بل لأن ملكيته فيه عرضة للانتقاض بفسخ البيع للفساد . فبأنه لم ينقطع حقه في استرداده . حتى انه اذا امتنع الفسخ بأحد مواعنه التي بينها محق عندئذ للشفيع من جار أو شريك ان يأخذ بالشفعة . وبذلك صرح الفقهاء في تعليل هذه المسألة ( ر : مرشد الخيران : م / ١٠٦ و ١١٥ .

بل لقد صرحوا بأن مشتري العقار في البيع الفاسد يصبح هو شافعياً فيما بيع بجانبه بمقتضى انه اصبح مالكا ، ولو ان ملكيته في العقار الاول المشفوع به هي عرضة للفسخ بحكم الفساد !!

( ر : رد المحتار باب البيع الفاسد ٤ / ١٢٤ - ١٢٥ )

الفساد وينقلب العقد صحيحاً ؛ فإن من القواعد المقررة أنه : « إذا زال  
المانع عاد الممنوع » ( ر : ف / ١٤٣ ) .

٣٨٥ — هذه هي نظرية الفساد في الفقه الاسلامي مفصلاً فيما  
مبناه النظري وأسبابه ونتائجه . وهي ترينا أن الفساد في المؤيدات  
المدينة مرتبة ثالثة بين مرتبتي الصحة والبطالان يكون العقد معها  
منعقداً مختلاً ، فيستحق الفسخ . وثبت له قبل الفسخ آثار بصورة  
تختلف عما في حال الصحة ( ر : البدائع ٢٩٩/٥ وما بعدها ) .

٢/٣٨٥ — ترتيب أحوال العقد بحسب أنواع المؤيدات المدنية :

يجب أن يلحظ في أحوال العقد بحسب تلك المؤيدات المدنية  
جميعها الترتيب التالي :

— العقد : إما منعقد ، وإما باطل

— والمنعقد : إما صحيح ، وإما فاسد .

— والصحيح : إما نافذ ، وإما متوقف<sup>(١)</sup> ، أو موقوف .

— والنافذ : إما لازم ، وإما مخير ، أو غير لازم .

( ر : المجلة / ١٠٥ - ١١٥ ورد المختار / ١٠٠/٤ ) .

---

(١) — العقد النافذ : هو ما لا يتوقف على اجازة غير العاقدين لعدم تعلق حق

فيه لأحد غيرهما . والعقد المتوقف : هو ما يحتاج الى اجازة من غير العاقدين لمسامه  
بمجه ، كما تقدم في بحث الآثار العامة للعقد في نظرية العقود . ( ر : ف / ١٩٤ ) .



ويجب الانتباه الى هذا التقابل بين أسماء هذه الأحوال وأسماء المؤيدات المقابلة لها في اصطلاح الفقهاء :

— فالزور يقابله : البطون .

— والصوم يقابلها : الفسار .

— والنفاز يقابله : التوقف .

— والمنزوم يقابله التخيير ، أو هدم المنزوم .

ولا يجوز استعمال أحد هذه الألفاظ في غير موقعها ، ولا مقابلتها بغير ما يقابلها لما يترتب على ذلك من خلط وإيهام ، لاختلاف كل حالة عن الأخرى في المفهوم والأحكام .

(٧) — موقف القانون من الفساد

٣٨٦ — الفقه القانوني لم يعرف نظرية الفساد التي أسسها

الاجتهاد الاسلامي مثلما عرف نظرية البطلان كما سنرى .

والاجتهاد الحنفي الذي جاء بنظرية الفساد ، وكان عليه قضاء الدولة العثمانية ، قد كان من الاجتهادات التي ضيقت من حرية سلطان الارادة في الشروط العقدية ، وان كان يعتبر متوسطاً بالنسبة الى غيره كما تقدم (ف/٢١٩ و ٢٤٩ وما بعدها) .

ومن ثم كانت الشرط الذي لا يجوز اشتراطه في العقد يعتبر مفسراً للعقر .

ولما كانت هذه الشروط كثيرة أصبحت حوادث الفساد في العقود كثيرة أيضاً .

وفي أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا . وتطورت أيضاً أساليب التجارة الداخلية والصنائع . وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معروفة ، كامتياز المؤلف والمخترع وكل ذي أثر في جديد في استثمار كتابه أو مخترعاته أو آثاره الفنية ، مما سمي بالملكية الأدبية والصناعية . واحتاج أصحاب هذه الحقوق والامتيازات الى بيعها والتنازل عنها لغيرهم من القادرين على استثمارها . وظهرت في التجارة الخارجية أيضاً حاجة قوية الى عقود التأمين التي عرفت باسم ( السوكرة )<sup>(١)</sup> لضمان الأخطار على البضائع المشحونة ولا سيما في النقل البحري ، واتسع مجال عقود الاستصناع في التعامل بطريق الايصاء على المهنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية . وكذا عقود التعهد بتقديم اللوازم والأرزاق والمواد الأولية الى الدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس ، مما سمي « عقود التوريد » . وكل ذلك يعتمد على المشارطات في شتى صورها . وقد ازدادت أيضاً قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية . فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها

---

(١) - انظر ما تقدم ( ف ٢٨٩ / ٢ ) .

المشروطة مضرراً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما قبل .  
فلو أن متعهداً بتقديم المواد الصناعية الى صاحب معمل تأخر عن تسليمها إليه في الموعد المضروب لتعطل العمل وعمله . ولو أن بائع بضاعة لتاجر تأخر في تسليمها حتى هبط سعرها لتضرر التاجر المشتري بخسارة قد تكون فادحة . وكذا تأخر الصانع عن القيام بعمله في وقته ؛ وكل متعاقد اذا تأخر أو امتنع عن تنفيذ عقده في موعده .

ولا يعوض هذا الضرر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلي ، لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه ، وليس فيه جبر لضرر التعطل أو الخسارة ، ذلك الضرر الذي يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهاوناً منه أو امتناعاً .

وهذا قد ضاعف احتياج الناس الى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه .

ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي : الشرط

الجزائي Clause pénale .

وهكذا تضافرت الأسباب والدواعي ، وتمحضت العوامل الزمنية في تطور الحياة الاقتصادية العامة ، فولدت حاجة ملحة الى حرية في أساليب التعاقد أوسع مما كان في قواعد المذهب الحنفي الذي كان هو المذهب المعمول به في قضاء الدولة .

وكانت بعض قواعد نظريتي البطلان والفساد في هذا المذهب  
بحدودها القديمة ، وخاصة فساد كثير من الشروط العقدية ، حائلا دون  
الاستجابة الى هذه الحاجة .

لذلك ظهر الضيق في حرية التعاقد بسبب الفساد في الشروط وما  
تفرضه قواعده من قيود ، مع ازدياد حاجة التعامل التجاري والصناعي  
الى سعة مجال الاشتراط في الحقوق والالتزامات التعاقدية .

٣٨٧ - وقد كانت العصية المذهبية وضيق التفكير الفقهي  
إذذاك حائلين دون التماس العلاج مما في صيغيات المذهب الفقهية  
الأخرى ومستودعاتها من فقه خصب ، ونظريات سمحة لا تضيق عن  
ساحة تشريعية اذا ضاق عنها المذهب الواحد ، فلم تأخذ جمعية المجلة  
في الشروط العقدية بغير المذهب الحنفي من المذاهب التي وسعت في  
حرية الشروط العقدية توسعة لم تأت القوانين الحديثة بأكثر منها ،  
كالمذهب الحنبلي ، ومذهب ابن شبرمة والقاضي شريح ، مما تقدم بيانه  
في بحث سلطان الارادة من نظرية العقود<sup>(١)</sup> .

---

(١) - وهكذا انقلبت نظرية الفساد مشكلة بعد أن كانت علاجاً فان  
الاجتهاد الحنفي. اما أسس نظرية الفساد لتتم بها حاجزاً دون تودي العقد في هاربة .  
البطلان كلها خالف نظامه المشروع كما في بعض المذاهب . فيز الاجتهاد الحنفي  
بين أنواع التحالفات ودرجاتها ، وحصر التحالفات المبطله في نطاق ضيق .  
فكانت أصل الفكرة من عبريات الاجتهاد الحنفي في المطلق الفقهي . وكان =

لذلك شعرت الدولة العثمانية بالحاجة الى وضع نص قانوني جديد  
يوسع حرية التعاقد ، والشروط العقدية ، وقابلية المحل المعقود عليه ؛  
ما دامت المجلة — وهي بمثابة القانون المدني الشرعي العام — لم تحل  
هذه المشكلة ، لأنها لم تأخذ من غير الاجتهاد الحنفي .

٣٨٨ — لكن الحكومة العثمانية لم تشأ أن تجابه مجلة الأحكام  
الشرعية بالتعديل المباشر ، فالتجأت الى قانون أصول المحاكمات  
الحقوقية الذي لا صلة له بهذا الموضوع ، فاستبدلت بإحدى مواده  
الباحثة عن بعض اجراءات المحاكمة ( وهي المادة / ٦٤ ) مادة أخرى

---

= من الجيد فيه ان يعتبر الاشتراط المنوع مفسداً للعقد المشروع الاصل ، لا  
مبطلاً . ولكن دائرة هذه الشروط المنوعة في الاجتهاد الحنفي لا تزال واسعة  
وحرية المشاركة فيه ضيقة ، رغم انه يعتبر متوسطاً في ذلك بين المذاهب الأخرى  
التي سلف بيانها في بحث سلطان الإرادة .

وبما يلحظ ان الاجتهاد الحنفي قد شدد جداً في نظرية البطلان ، فاعتبر كل  
مخالفة للنصوص الآمرة في نظام التعاقد الشرعي ، وكل شرط ممنوع ، سبباً لبطلان  
العقد . لكنه ضيق دائرة الشروط المنوعة ففتح لحرية الاشتراط مجالاً واسعاً .  
أما الاجتهاد الحنفي فقد ضيق نطاق نظرية البطلان بتأسيس نظرية الفساد .  
لكنه جعل دائرة الشروط المنوعة واسعة ، فأورث ضيقاً محرجاً في حرية التعاقد .  
وكل من الاجتهادين أوجه من ناحية : فلو يؤخذ من الاجتهاد الحنفي نظريته  
في التمييز بين البطلان والفساد ، ومن الحنفي نظريته في سلطان الإرادة والشروط  
العقدية ، لكان منها أحكم وأرحب نظام مدني في العقود .

جديدة أزلتها محلها بقانون صدر في ١٥ جمادى الآخرة سنة ١٣٢٢ هـ  
وقررت فيها المبادئ القانونية الثلاثة التالية :

(١) — إن كل ما معروف تداوله من أعيان ومنافع وحقوق  
يعتبر محلاً صالحاً للتعاقد عليه ، ككل مال متقوم . وكذلك الأشياء  
التي ستوجد .

(٢) — إن كل اتفاق أو اشتراط يعتبر ملزماً للمتعاقدين ما لم يكن  
مخلاً بالآداب العامة ، أو النظام العام ، أو مخالفاً لنص قانوني خاص أو  
لأحكام القوانين العقارية ، أو لأحكام الأوقاف ، أو لأحكام  
الأحوال الشخصية ، كالارث والانتقال ، وأهلية العاقدين ، وحقوق  
الأسرة ، فهذه ست نواح مستثناة تعتبر أحكامها إلزامية لا يجوز الاتفاق  
على خلافها .

(٣) — إذا اتفق المتعاقدان على النقاط الأصلية - أي التواحي  
الأساسية - يعتبر العقد تاماً ، ولو لم تذكر النقاط الفرعية . ثم عند  
الاختلاف في تلك التواحي الفرعية تعينها المحكمة بحسب ماهية القضية .

### ٣٨٩ — (أ) قبل المبدأ الأول

فالمبدأ الأول من هذه المبادئ قد جاء تعديلاً لبعض أسباب  
البطالان فيما يتعلق بمحل العقد فإنه جاء بتوسيع قابلية المحل للتقويم ،  
وهذه القابلية هي من شرائط انعقاد العامة ، فجعل في ذلك عرف

الناس هو الأساس في التقويم ، بينما كان أساسه في نظر فقها تاتا هو  
 مل الانتفاع شرعاً : فالخمر كانت تعتبر من الأموال غير المتقومة في حق  
 المسلمين ، فلا ينعقد بيعها وشراؤها ، ولا يضمن متلفها<sup>(١)</sup> ، فأصبحت  
 في حكم هذه المادة مالا متقوماً ومحلّاً للتبايع وسائر العقود<sup>(٢)</sup> .  
 وكذلك الحقوق المجردة كحق الشرب للأراضي ، وحق التعليق  
 والركوب في طوابق البناء ، وكالديون في الذمم ، وكالامتيازات في  
 بعض الحقوق القانونية الحديثة مثل حق الملكية الصناعية ، وحق  
 الملكية الأدبية للمؤلفين في الطبع والنشر ، وامتيازات إصدار الصحف  
 الدورية من جرائد ومجلات ، وأسماء هذه الصحف وأسماء المحلات

- 
- (١) - أما في حق غير المسلمين فتعتبر الخمر مالا متقوماً شرعاً ، فيجوز تعاقدهم  
 عليها . فيضمن المسلم ما أتلفه من الخمر لغير المسلم ، لأن الاسلام أوجب معاملتهم  
 بما يدينون . وهذا من مزيد سماحة الشريعة الاسلامية (ر: رد المحتار: ٤/١٠٤) .
- (٢) - بخلاف الخشيش والافيون ونحوهما من المواد المخدرة التي يمنعها القانون  
 بنص خاص ، فانها بقيت غير متقومة بالنظرين الشرعي والقانوني وفقاً للبدا الثاني . فلا  
 تنعقد بيعها ، بل تجب مصادرتها ويعتبر اقتناؤها جريمة يعاقب القانون عليها .  
 فظنيرة عدم التقوى في المال موجودة أيضاً في النظر القانوني ، لكن مبناها  
 فيه هو المنع القانوني من تداول المال ، لا التحريم الشرعي ، وسنرى تفصيل ذلك في  
 فصل الأموال من الجزء الثالث الذي أسميناه « المدخل الى نظرية الالتزام العامة »  
 انظر ايضاً كتاب « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ الشيخ محمد  
 أبي زهرة : ف / ٤ ) .

التجارية المشتهرة التي يرغب الناس اليوم في شراء أسماؤها من أصحابها للاستفادة من شهرتها .

فكل ذلك أصبح بمقتضى هذه المادة القانونية قابلاً للبيع وسائر العقود .

ويلحظ أن معظم ما يتفرع على هذا المبدأ من نتائج هو سهل التخرج على قواعد الفقه الاسلامي ، سوى التعاقد على الحر ونحوها من المحرمات الشرعية .

#### ٣٩٠ - ( ب ) تحليل المبدأ الثاني

والمبدأ الثاني تضمن تعديلاً لبعض أسباب البطلان الأخرى ، وبعض أسباب الفساد ، مما يتعلق بحدود سلطان الارادة في إنشاء الحقوق وإسقاطها ، وفقاً للقاعدة القانونية القائلة : ان العقد سريّة المتعاقدين .

( أ ) — فبالنظر الى أسباب البطلان نجد أن العقود التي كان يطلبها التعليق على الشرط ، كالبيع والاجارة وسائر المعاولات والبرعات ، قد أصبحت قابلة للتعليق ، وفقاً لاتفاق العاقدين كما تقدم في بحث سلطان الارادة العقدية ( ر : ف / ٢٥٢ ) .

وكذلك التعاقد على الالتزامات السلبية ، كعدم الارتفاع بالبنين أمام الجار أكثر من حد معين ، وعدم تشغيل صاحب معمل لمعمله ،



وعدم متاجرة أحد التجار بصنف معين من البضائع ، تخفيفاً للمراحة الصناعية أو التجارية .

فكل ذلك وأشباهه قد أصبح التعاقد عليه معتبراً وملزماً بعد أن كان باطلاً في قواعد الاجتهاد الحنفى .

(٢) — وبالنظر الى أسباب الفساد قد أُلغى هذا المبدأ الشرط المفسد ، وهو من أسباب الفساد الخاصة بعقود المعاوضات . فجميع الشروط العقدية أصبحت صحيحة ملزمة ، إلا ما كانت مخلاً بالنواحي الست المستثناة ، وهي النظام العام ، والآداب العامة الخ ...

٣٩١ — وبناء على ذلك أصبح من الجائز قانوناً أن يتفق المتعاقدان في العقود المسماة ؛ على خلاف ما قرره التشريع والفقهاء من أحكام في كل عقد منها<sup>(١)</sup> ما لم يمنع من مخالفته نص قانوني آمر بالأصل في تلك الأحكام التشريعية للعقود أنها غير الزامية ، وإنما ينظمها التشريع والاجتهاد سلفاً ليعتمد عليها العاقدان ، ويستغنيا بذلك عن تفصيلها في العقد . ونتيجة ذلك أنها تثبت بين المتعاقدين ما لم يتفقا في العقد على خلافها ( ر : ف ٧/١٩٥ و ٣٢٤ و ٢٩٥ ) .

فلو اتفق المتبايعان على عدم انتقال ملكية المبيع الى المشتري قبل أداء جميع الثمن المؤجل أو المقسط ، أو على عدم ضمان البائع إذا هلك

---

(١) — مما يسمى : مقتضى العقد ، كما تقدم ( ر : ف ٧/١٩٥ ) .

المبيع عنده قبل التسليم ، فذلك على ما اتفقا . وقد كان مثل هذا الاشتراط مفسداً للعقد في نظر الاجتهاد الحنفي ، لأن الأصل فيه ان أحكام العقود إلزامية ، فاشتراط خلاف مقتضى العقد مفسد له إلا فيما نص على جواز مخالفته .

وبما يدخل أيضاً في شموله هذا المبدأ التعهد بالضمان المالي جزاء للركول أو للتأخر عن تنفيذ الالتزام ، مما يسمى في الاصطلاح القانوني الحديث : الشرط الجزائي Clause pénale كما تقدم (ف/ ٢٨٦) .  
والشرط الجزائي هذا يتخرج على مذهب القاضي شريح ، فقد روي عنه نظيره . كما سلف بيانه (ر : ف/ ٢٣٤) .

وهذا المبدأ الثاني بجميع نتائجه هو من صميم مبدأ سلطان الارادة . وإذا ضاقت عنه قواعد المذهب الحنفي وأشباهه من الاجتهادات في حدود حرية الشروط العقدية ، ففي الفقه الاسلامي متسع له من المذاهب التي أخذت بالنظر الواسع في حرية الاشتراط ، مما تقدم بيانه في البحث عن سلطان الارادة العقدية في الفقه الاسلامي .

### ٣٩٢ - (ج) تحليل المبدأ الثالث

وأما المبدأ الثالث فقد جاء تعديلاً لسبب آخر من أسباب الفساد ، وهو الجهالة . فإنه لم يعتبر الجهالة مضرّة في تكوين العقد وصحته إذا كانت في ناحية فرعية منه ، وكانت التواحي الأساسية معلومة متفقاً

عليها منذ التعاقد ، أو اتفق العاقدان على أساس صالح لتحديد ما فيها بعد . مثال ذلك ما لو تباع اثنان واتفقا على أن يكون ثمن المبيع هو سعره في السوق ، أو السعر الذي سيستقر له في ذلك اليوم ، أو اشتراه مراجعة بزيادة عشرة في المائة على رأس ماله بحسب قائمة رأس المال التي تستصل الى البائع . فالتواحي الأساسية في كل هذه الأمثلة متفق عليها ، فإن المبيع معلوم ، والثلث متفق على مقياس تحديده . فلا ضير من عدم معرفة مبلغ الثمن حين التعاقد .

فهذه الجهة كانت تعتبر مفسدة للعقد في الاجتهاد الحنفي ، وبمطلة له في بعض الاجتهادات الأخرى . ولكن هذا المبدأ الثالث في المادة /٦٤/ المبحوث عنها قد اكتفى لتصحيح العقد بمعلومية التواحي الأساسية إذا اتفق عليها الطرفان . وقد جعل تعيين التواحي الفرعية عند اختلاف المتعاقدين الى المحكمة ، فتعنيها بمعرفة الخبراء متخذة من تلك الأسس المتفق عليها مقياساً لتحديد التواحي الفرعية المختلف عليها . وهذا المبدأ أيضاً قوي المبني ، وهو مقبول في قواعد الاجتهاد الحنبلي الذي أقر فقهاؤه البيع بما ينقطع عليه السعر ، كما سلف بيانه في نظرية العقود ( ر : ف / ٢٣٢ ) .

أما إذا كانت بعض التواحي الأساسية في العقد مجهولة غير متفق

عليها ولا على أساس صالح لتحديد ما فإنها بمقتضى هذا المبدأ تبقى مفسدة للعقد وفقاً للحكم الشرعي في الاجتهاد الحنفي . وذلك كما لو كان المبيع مجهولاً ، أو تاياعاً أو تشاركاً على أن يتفقاً على الثمن أو على نسبة الأرباح فيما بعد ، فهذا عقد فاسد بمقتضى المادة /٦٤/ نفسها ، لأنها لم تصح من العقود المشتملة على جهالة إلا ما كانت الجهالة فيه فرعية ، وكان متفقاً فيه على النواحي الأساسية أو على أساس صالح لتحديد ما فيما بعد<sup>(١)</sup> .

### ٣٩٣ — صوف القانون المدني السوري الجديد

إن قانوننا المدني السوري الذي صدر ونحن نطبع هذا الكتاب قد أخذ مصدروه عن القانون المدني المصري الجديد الذي نفذ في مصر أيضاً هذا العام ، وهو مستمد من مجموعة قوانين مدنية أجنبية . وسنرى قريباً أن الفقه الأجنبي خلو من نظرية للفساد تقابل نظريتنا الفقهية .

---

(١) ان جمهور رجال القانون لدينا الى اليوم يظنون أن المادة /٦٤/ من قانون الأصول الحقوقية المذكورة قد ألغت نظرية الفساد إلقاء كلياً . وهذا خطأ ، فانها إنما ألغت الفساد بالشرط مطلقاً إلا ما كان مخالفاً لأحكام النظام العام ، وألغت أيضاً الفساد بالجهالة الفرعية . فبقيت الجهالة الأساسية على أصل الحكم الفقهي مفسدة للعقد .

ومن ثم جاء قانوننا المدني ( وكذا أصله المصري الجديد ) خلواً من كل أثر لنظرية الفساد ، غير أنه قد جاء مؤيداً للبادئ الثلاثة التي ألتفتنا إليها المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية السالفة البيان .

( أ ) — فالمادتان /٨٣/ و /١٣٢/ من هذا القانون المدني الجديد أقرتا المبدأ الأول المتعلق بتقوم الأموال وقابليتها للتعاقد :

فقد نصت المادة /٨٣/ على أن « كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية » .

ونصت المادة /١٣٢/ على « جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً » فشملت صحة بيع المعلوم الذي سيوجد وما في معناه ، كالثمار قبل مواسمها ، حتى الأجنه في بطون أمهاتها .

( ب ) — والمادتان /١٤٨/ و /١٤٩/ منه تضمنتا المبدأ الثاني بشأن حرية الشروط .

فإن المادة /١٤٨/ صرحت بمبدأ « أن العقد سريّة المتعاقدين » .

والمادة /١٤٩/ صرحت بأنه « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ، بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » .

وقد استثنى القانون المدني أيضاً ما يتعلق بقواعد الإرث والنظام

العام والآداب العامة من الاتفاقات المخالفة لها . ( انظر المواد ١٣٧ و ١٤٦ ) .

ونظم — في القسم الأخير منه — الأحكام العقارية التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ، كما ترك لأحكام الشريعة الإسلامية بقية الأحوال الشخصية من نكاح وطلاق وغيرهما ، سوى ما جاء فيه من بعض أحكام بشأن أهلية الأشخاص وتسميتهم وموطنهم وما الى ذلك ، فهذه عمد الى تنظيمها في المواد / ٣١ - ٥٣ .

ج) — والمادة - ٩٦ - منه تضمنت المبدأ الثالث ، فصرحت بأن الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية كاف لتمام العقد . ثم إذا قام اختلاف بين الطرفين على المسائل الفرعية التفصيلية ، فإن المحكمة تفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف وقواعد العدالة . وبذلك تكون جميع المبادئ القانونية الثلاثة التي تضمنتها المادة - ٦٤ - من قانون أصول المحاكمات العثمانية قد استوفاه القانون المدني الذي هو المحل الطبيعي لهذه النصوص<sup>(١)</sup> .

---

★ (١) - وقد كان المحل المناسب لها في السابق انما هو المجلة التي كانت هي القانون المدني الشرعي ، فان هذه المبادئ الثلاثة هي تعديل لاحكام المجلة ولكن الحكومة العثمانية قد دسها في قانون اصول المحاكمات ، كما افترقا اليه .

## ٣٩٤ - أبنا في نظرية الفساد .

وصفوة القول : أن نظرية الفساد في الفقه الإسلامي متينة المبني وهي في ذاتها من مزاياه القيمة المفيدة التي انفرد بها في نظام المؤيدات التشريعية ، فجعل منها في طريق البطلان محطّة نافعة .

وأما الحرج الذي لوحظ في تطبيقها قبل وجود المادة - ٦٤ - من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني فلم يكن ناشئاً من نظرية الفساد نفسها ، بل من ضيق حرية المشارطات العقدية في المذهب الحنفي الذي يرى الأصل في معظم أحكام العقود أنها إلزامية ، فاشتراط خلافها في العقد مفسد له .

على أنه لولا نظرية الفساد لكان مثل هذا الاشتراط مبطلاً للعقد ، كما في بعض المذاهب الأخرى . فنظرية الفساد قد وجدت لتكون فرماً بمرجأ . ولكن نظرية الشرط الممنوع المفسد حملت عليها سيئاته . فكان الناس بينها كمن يجلس في الهواء الطلق البارد فيمرض فالمرض إنما جاءه من البرد المصاحب لا من الهواء الطلق ؛ أو كمن يكثر من علاج نافع له فيؤذيه ، فالذي ضره هو الأكثار لا نوع العلاج !!

وقد بينا أن نظرية الفساد اجتهادية قابلة لأن يتصرف فيها الاجتهاد بالتعديل في أسباب الفساد وأحكامه بحسب الحاجة والمصلحة التشريعتين .

ورأينا أيضاً كيف أن تطبيق نظرية الفساد على نظام المهرى قد كان له أحسن الأثر في الأصول القضائية ( ر : ف - ٣٦٩ ) ، حتى ان القضاء الأجنبي لم يستغن عن فكرة التمييز بين دعوى ناقصة محتملة قابلة للتصحيح ، ودعوى باطلة غير مشروعة من أصلها ، فتدراًساً ولا تقبل تصحيحاً ، فقد طبقوا نظرية الفساد في الدعوى عملياً ، وان لم يعرفوها بهذا الاسم .

وقد أفاد قانون حقوق العائلة العثماني لدينا من تطبيق نظرية الفساد في النكاح ، وفقاً لرأي من يميز في النكاح بين فاسد وباطل من حيث الأثر . وان كانا سواء في عدم الانعقاد ، فاعتبر القانون المذكور الزواج المخالف لشرائعه الشرعية والقانونية :

فأمر — إذا كان يثبت فيه بالدخول نسب للولد وعدة على المرأة رغم عدم انعقاده ، كنكاح المحارم في رأي أي حنيفة ، والنكاح بلا شهود ، ونكاح من دون السن التي اشترطها القانون .

— وبالمعنى إذا كان عديم الأثر كالزنى المحض لا يثبت معه نسب ، كنكاح المسامة بغير المسلم .

( ر : قانون حقوق العائلة ، لائحة الأسباب الموجبة عن بطلان النكاح وفساده ، والمواد - ٥٢ - ٥٨ - ٧٦ منه ) .

وهذا تمييز حكيم يفيد في إزالة التناقض النظري في إثبات بعض



أحكام لعقد موصوف بالبطلان ؛ ويقوم على التوسع في معنى الفاسد بحيث يشمل غير المتعقد . وتكون نقطة الافتراق بينه وبين الباطل هي ثبوت بعض آثار التصرف الصحيح أو عدم ثبوت شيء منها .  
فجدير بالتقنين الحديث أن يلتفت الى نظرية الفساد مع التعديل في أسبابه وفقاً لمبدأ سلطان الارادة العقدية ، فيفيد منها كثيراً .

### (٨) — نظرية البطلات في الفقه الأجنبي

عرضي ، وتقر ، ومقارنة بنظريتي البطون والفساد

في الفقه الإسلامي

٣٩٥ — نرى من المفيد - بعد بحثنا هذا في نظريتي البطلان والفساد في الفقه الاسلامي - أن نلم بعرض موجز لنظرية البطلان في الفقه الأجنبي نخلص منها الى مقارنتها بما رأيناه من ذلك في فقهاء الاسلامي ، ويكون هذا ختام البحث في نظرية المؤيدات الشرعية .

### ٣٩٦ — تحسيم البطون الى مطلق ونسبي في الفقه الأجنبي

إن علماء القانون الفرنسي يجعلون بطلان العقود لديهم على نوعين:

البطون المطلق Nullité absolue .

والبطون النسبي Nullité relative .

( أ ) — فأما البطلان المطلق فنظريته لديهم متفقة كل الاتفاق مع

نظرية البطلان في الفقه الإسلامي بالفكرة والقواعد والأسباب  
والنتائج ، حتى لتكاد تكون في أحكامها نسخة طبق الأصل عما في  
الفقه الاسلامي :

فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً عديم أيضاً ، وإن وجد فعمو ، هو  
معدوم اعتباراً : أي غير منعقد . وسبب هذا البطلان فقدان أحد  
مقومات العقد أو بعض شرائطها . ويترتب على ذلك :

— أن العقد الباطل لا يفيد حكمه وآثاره ، ولا يقبل الاجازة ،  
ولا يحتاج الى إبطال من قبل الحاكم .

— وإذا تمسك به أحد الطرفين وادعى بطلان تنفيذه فللقاضي من  
تلقاء نفسه أن يقرر البطلان ويرد الدعوى ، لأن العقد في الواقع  
معدوم فليس بحجة أمام القضاء . وكذا لكل ذي مصلحة غير الطرفين  
المتعاقدين ، كالوارث والدائن أن يتمسك بهذا البطلان .

— والدفع بالبطلان المطلق في وجه المدعي لا يسري عليه حكم  
التقادم . الى غير ذلك مما سلف بيانه في نظرية البطلان .

وهذا التوافق التام في النظرين الفقيهين الاسلامي والأجنبي في  
هذا الشأن ناشئ فيما نرى عن الاتفاق على فكرة أن الباطل معدوم  
اعتباراً في نظر التشريع . فالنتائج الاعتبارية للعديم بعد ذلك تصبح  
لوازم عقلية لا تختلف فيها الأنظار ؛ إلا في حدود بعض الأمور

المتفرعة الخارجة عن الاعتبار الذاتي في العقد الباطل، وذلك كحدود حماية حق الغير المكتسب بنية حسنة على الشيء بعد العقد الباطل ، مثل حق المرتهن من المشتري شراء باطلاً .

( ر : الموجز في الالتزامات للأستاذ السهوري : فـ ١٦٥ - ١٧٩ ) .

٣٩٧ - أما البطلان النسبي في الفقه الأجنبي فهو أن يتعقد العقد على حالة من حالات شوائب الإرادة العقدية التي تسمى : « عيوب الرضى » كالتدليس والغلط والاكراه . وكذا حالة نقص الأهلية ، كما في عقد الصغير المميز . فيكون كل ذلك سبباً لانصاف العقد عندم بهذا البطون النسبي .

فالعقد هنا في حالة البطلان النسبي منعقد صحيح وموجب لجميع وجائبه الالتزامية بين العاقدين في نظر التشريع ، ولكنه قابل للإبطال بين العاقدين ما لم يمس هذا الإبطال حقائق اكتسبها غيرهما في المعقود عليه . والفرق بين البطلان المطلق والنسبي ليس هو الفرق نفسه بين البطلان المطلق والصحة ، سوى هذه القابلية للإبطال : فالعقد في حالة البطلان النسبي يبقى صحيحاً نافذ الآثار الى أن يقضي القاضي بإبطاله بناء على طلب الشخص الذي شئبت إرادته بعيب الرضى في ذلك العقد أي بناء على طلب من كان حق الإبطال لحماية رضاه ومصالحه ، كالمشتري المدلس عليه . والعقد بعد ذلك قابل للاجازه ، فينبرم نهائياً

بإجازته . ويسقط حقه في إبطاله ، ولو كانت إجازته ضمنية كما لو قام بتنفيذ العقد طوعاً بعد علمه بسبب البطلان .

أما الطرف الآخر فليس له حق الإبطال لأن العقد في حقه لازم . وكذا ليس للقاضي ، عند الادعاء لديه بتنفيذ العقد ، أن يقرر الإبطال من تلقاء نفسه دون طلب صاحب المصلحة ، ككل حق خاص لأنسان لا يقضي به دون طلب صاحبه ومن ثم سمي البطلان : نسبياً لأنه مفروض بالنسبة إلى أحد الطرفين المتعاقدين .

وذلك بخلاف حالة البطلان المطلق : فإن العقد فيها معدوم في الواقع الاعتباري لا يحتاج به . فإذا أريد تنفيذه فلكل من يضره التنفيذ أن يتمسك بالبطلان . وللقاضي أن يقرره من تلقاء نفسه كما تقدم .

(ر: «الموجز في نظرية الالتزامات» للأستاذ السهوري: ف ١٦٢-١٦٦

وكولان وكايتان droit civil francais ج ٢ ف ٢٥٩ - ٢٦٠ ) .

### ٣٩٨ — نقر هذا التقسيم الاجنبي

يتضح من ذلك أن البطلان النسبي في الفقه الأجنبي ليس فيه من معنى البطلان شيء لا كثير ولا قليل . بل ليس لحقيقة البطلان فيه ظل . وكل ما فيه إنما هي قابلية الإبطال annulabilité الممنوحة قانوناً لأحد الطرفين صيانة لحقه الخاص .

ومن الواضح أن مجرد قابلية الإبطال شيء والبطلان شيء آخر .

فلا يجوز أن يوصف العقد هنا بالبطلان ولو نسباً ، لأن العقد القابل للإبطال صيانة لحق خاص هو عقد قائم كامل الوجود ، معتبر من كل الوجوه ، منتج لجميع أحكامه . أما قابليته للإبطال حماية لأحد الطرفين وصيانة لحقه الخاص فإنما تسلبه قوته الإلزامية فقط ، ولا تسمه بالبطلان فقط .

أفلا يرى أن قابلية الإبطال للعقد الملزم قد تثبت لأحد الطرفين أو لكليهما بالشرط ، كما إذا اشترط أحد المتبايعين حق إلغاء البيع الى مدة معينة ، فانه يثبت له هذا الحق <sup>(١)</sup> ويكون البيع قابلاً للإلغاء بإرادة المشتري دون توقف على قضاء القاضي بالإلغاء ، ومع ذلك يعتبر العقد قبل إلغائه صحيحاً من كل وجه . وليس مقبولا في المنطق الحقوقي وصفه بأي لون من ألوان البطلان . ولم يعد الفقه الاجنبي هذه الحالة من صور البطلان النسبي رغم قابلية الإبطال القائمة في العقد بمقتضى الشرط .

فأي فرق بين سلب القوة الإلزامية عن العقد بمقتضى الشرط ، وبين سلبها بحكم الشرع لشأنه مفروضة تقديراً في رضى أحد الطرفين ،

---

(١) - وهذا يسمى في فقهنا : « خيار الشرط » ، كما تقدم في مناسبات عديدة ( ر : ف / ١١ / ثامناً ) وفي اصطلاح الفقه الاجنبي يدخل هذا فيما يسمونه : « شرطاً فاسخاً » ( ر : ف / ٢٥٧ ) .

كي يفسح له المجال أن يقرر رضاه بالعقد او يرفضه إن شاء .

٣٩٩ — يتضح مما سلف أن البطون ، بالتعبير الصحيح ، لا يكون إلا نوعاً واحداً هو البطلان المطلق ، وأن الحالات التي يسمونها البطلان النسبي ، ليست من معنى البطلان في شيء .

فهذه الحالات بعضها ، وهو الناشئ عن نقص الاهلية يعتبر في نظر فقهاؤنا من قبيل التوقف وعزم النفاذ ، فيسمى العقد معه: موقوفاً، كما في بيع الصغير المميز فانه موقوف على اجازة وليه او وصيه ( ر ف / ١٩ / ٣ ) ، وكذا عقد المستكره ( في أحد الآراء الفقية ) فانه متوقف الأثر على اجازته له به . زوال الاكراه عنه ( ر : ف / ١٨٥ و ٣٧٥ ) .

أما باقي الحالات الناشئة عن سائر عيوب الرضى فتعتبر من قبيل سلب اللزوم عن العقود اللازمة : أي من قبيل التيمير الثابت في حالات عيوب الرضى للعاقد الذي شيب فيها رضاه .

والعقد في هذه الحالات يوصف بانه : سائب اللزوم : أي قابل للإبطال بإرادة الطرف المتضرر الذي شيب رضاه . فيصبح هذا الطرف غيراً بين الإبطال والامضاء ، كما قدمناه في بحث الالتزام من نظرية العقود ( ف / ٢٠٣ — ٢٠٨ ) .

وقد قرر فقهاؤنا قديماً في حالات سلب اللزوم جميع الاحكام التي قررها الفقه الأجنبي الحديث فيما يسميه : البطلان النسبي .

أما الفقه الأجنبي فقد خلط في ذلك بين عدم النفاذ وسلب الزوم، ثم زج الحالتين في نظرية البطون فأصبح التعبير بالبطون انسي عن هذه الحالات يتجلى فيه خداع العناوين ١١ فإذا عرف القارئ ما تحته من حالات يتبين فيه سوء التسمية واختلاط الفكرة . وقد كان فقهاؤنا في هذه التقاسيم أدق نظراً وتميزاً ، وأصح لغة واصطلاحاً <sup>(١)</sup> .

• • • ع — اختصر ما يسمونه « البطون انسي » من الفساد

بعد ما سلف بيانه نخلص الى القول بأن نظرية الفساد في فقهننا الاسلامي ليس لها مقابل أصلاً في الفقه الاجني . فالبطالان انسي عندهم لا يقابل الفساد عندنا . وإنما يقابل حالات سلب لزوم العفر كما أشرنا اليه . وهو يختلف عن الفساد في الغاية والأحكام <sup>(٢)</sup> :

---

(١) — يلحظ ان القانون المدني السوري ، تبعاً لاصله المصري الجديد ، قد استعمل فيه لفظ قابلية الإبطال ترجمة حرفية لكلمة : annulabilité بدلا من البطلان انسي رغم ان القانونين يعتمدان في الدرجة الاولى الفقه الفرنسي الذي تبنى في الاصل تلك التسمية القانونية الخاطئة .

وقد اشار الاستاذ جمال العطيفي في حواشيه على المذكرة الايضاحية للاصل المصري تحت المواد / ١٣٨ - ١٤١ / الى هذا العدول في التسمية ممداً في المشروع النهائي للقانون . فكأنما لوحظ ذلك الخطأ في أمم « البطلان انسي » فعدل عنه .

(٢) — يقول الاستاذ الدكتور شفيق شحاتة :

=

(أ) — فمن حيث الغاية التفسيرية يختلفان اختلافاً أساسياً ؛ لأن نظرية الفساد إنما هي مؤيد حام للنظام الشرعي في التعاقد يقصد به تقسيم طريق البطلان ، وإيجاد مرتبة ثالثة بين الصحة يقف عندها العقد المخالف لنظامه ، وذلك للتمييز بين المخالفة الجوهرية الموجبة للبطلان كفقدان ركن العقد ، وبين المخالفة الفرعية كجهالة مفضية الى نزاع مشكل ، على ما سلف بيانه .

قال الامام الكاساني في البدائع ٥ / ٢٩٩ :

« الفاسد عندنا قسم آخر وراء الجائر والباطل » ٨١ .

أما البطلان النسبي في الاصطلاح الاجنبي — اوسلب لزوم العقد في اصطلاحنا — فليس مرتبة ثالثة بين الصحة والبطلان<sup>(١)</sup> ، وانما هو

== « ان هذه التفرقة العامة - بين البطلان والفساد - هي من مميزات الفقه الحنفي ، وهي تختلف اختلافاً تاماً عما هو معروف في القوانين الحديثة بالبطلان النسبي » .

(رسالة و النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، ف / ١٦٣ ) .

(١) — جاء في المذكرة الايضاحية لقانون المصري الجديد عن قابلية العقد للابطال في الحالات التي تسمى بالبطلان النسبي :

« ان هذه القابلية يكون للعقد فيها مرحلتان فقط : مرحلة الصحة المنتجة لجميع آثار العقد ، وذلك قبل ابطاله ، ومرحلة البطلان الماحي لآثار العقد من وقت نشوئه ، وذلك بعد ابطاله . فليس في مراحل ثلاث : الصحة ، وقابلية البطلان ، والبطلان » .



حق في ابطال العقد الصحيح ممنوح لأحد العاقدین حماية له من ضرر محتمل لم يتحقق رضاه به . وهو موجود في فقہنا الى جانب نظرية الفساد تحت اسم سلب الزوم ، كما يئناه . فهو مؤيد لحماية حق خاص ، لا للنظام التشريعي العام كما في نظرية الفساد .

فالفساد بالجہالة المفسدة مثلاً لا يقصد به حماية أحد العاقدین ، بل حماية نظام التعاقد الذي يوجب معلومة محل الالتزام وسائر التواحي التي يتوقف عليها تنفيذه ضمن حدود الارادات المنشئة له .

ب ) — ومن حيث الوعظم قد رأينا أن الفساد لا يزول باجازه الطرفين عند فقہاتنا ، بل يبقى العقد مستحقاً للفسخ ، ويجوز لكل من الطرفين أن يتمسك بالفساد فيفسخ العقد ، كما يفسخه القاضي أيضاً دون طلب .

وحكم العقد الفاسد : أي أثره ، يتأخر فلا يثبت إلا بالتنفيذ . والعوض الواجب بالتنفيذ إنما هو «موضي المعادل أي القيمة أو أجر المثل ، لا موضي المسمى في العقد الفاسد كما تقدم ( ر : ف / ٣٧٨ — ٣٧٩ / و / ٣٨١ — ٣٨٤ ) .

أما البطلان النسبي في الفقہ الأجنبي فتتأجه بعكس ذلك كله كما رأينا .

= ( ر : التتبعين المدني المصري ، للاستاذ جمال الدين العطيقي تحت المواد ١٣٧ - ١٤١ ) .

# الباب الرابع

نظرية الاهلية ، والولاية

٤٠١ — ينقسم الكلام في نظرية الاهلية والولاية الى فصول ثلاثة:

الأول — في مبنى الاهلية ، وتعريفها ، وأنواعها ، ومراحلها .

والثاني — في عوارض الاهلية .

والثالث — في الولاية الشرعية التي يستلزمها قصور الاهلية .

## الفصل الأول

مبنى الاهلية ، وتعريفها

وأنواعها ، ومراحلها

## الفرع الأول

مبنى الاهلية ، وتعريفها

أولاً — مبنى الاهلية

٤٠٢ — رأينا في بحث شرائط الانعقاد العامة من نظرية العقود

أن من تلك الشرائط أهلية العاقد للعقد ( ف/١٦٥ ) .

ورأينا في بحث البطلان من نظرية المؤيدات أن من جملة أسباب  
بطلان العقد كون العاقد عديم الاهلية اللازمة للانعقاد ، كالمجنون  
والصغير غير المميز ( ف / ٣٤٧ ) .

وجميع الأفعال والتصرفات التي تجري فيها صحتو بطلان كالادعاء  
بالحق أمام القضاء ، وكالاقرار بحق ، وكالشهادة على الحق ، كل ذلك  
لا بد فيه من أن يكون الشخص أهلاً لممارسة هذه الأفعال والتصرفات  
والا كانت باطلة غير معتبرة ؛ لأن من شرائط صحتها الاهلية .  
وكذلك العبادات الدينية من صلاة وصيام وغيرهما ، فانها تعتمد  
في الشخص نوعين من الاهلية :

— أهلية لتصح منه هذه العبادات ولو كان غير مكلف بها ، فان  
العبادات قد تنعقد وتصح من الصغير غير المكلف .

— وأهلية لتجب عليه هذه العبادات ، فيصبح مكلفاً بها مسؤولاً عن تركها .  
وكذلك عقوبات الجنايات ، فانها يشترط لاستحقاقها شرعاً  
وقانوناً أن يكون الجاني أهلاً لتوجيه هذه التبعة الجزائية عليه تأديباً  
له وزجراً لغيره . فان لم يكن الجاني ذا أهلية للمسؤولية الجزائية ،  
كالمجنون والصغير ، فانه لا يستحق العقوبة .

وهكذا نجد الاهلية مطلوبة في كل خطوة بخطورها الانسان في  
أفعاله وتصرفاته التي تعتمد نتائجها صفات مخصوصة في الفاعل المتصرف .

٤٠٣ — من هذه الملاحظات يتجلى لنا معنى الأهلية، فترى من خلالها:  
 ( أ ) — ان الأهلية تقوم على أساس من ضرورة اتصاف الشخص  
 بالصفات التي يقدر الشارع لزوم وجودها فيه ليتمكن ثبوت الأحكام  
 الشرعية في حقه ، ولتصح منه التصرفات وتترتب نتائجها .  
 ( ب ) — وأن هذه الصفات المطلوبة تكون في كل موضوع بحسب  
 ما يناسبه .

وقد يشترط في الشخص لبعض الأفعال أو التصرفات أهلية بمحدود  
 تختلف عما يشترط في أفعال أو تصرفات أخرى . فالأهلية التي  
 تشترط في الشخص لصحة قبوله ما يوجب له من غيره تختلف عن  
 الأهلية التي تشترط لكي تصح منه هبته وسائر تبرعاته<sup>(١)</sup> .  
 فما هي هذه الأهلية بمعناها العام في الاعتبار التشريعي واصطلاحه؟  
 ثم ما هي أنواعها وآثارها . هذا ما سنراه فيما يلي :

ثانياً) — تعريف الأهلية

٤٠٤ — الأهلية من خصائص الأشخاص . وهي في اللغة تستعمل  
 بمعنى الجدارة والكفاية لأمر من الأمور ، يقال : فلان أهل للرئاسة :

---

(١) - سنرى أن أهلية الشخص لصحة قبول الهبة يكفي فيها أن يكون  
 مميزاً : أي واعياً . أما أهليته لأن يجب أو يتبرع فيشترط فيها أن يكون بالغاً  
 راشداً ، لأن الهبة ضرر مالي محض في حقه ( ر : ف/٤٣٢ و ٤٣٤ ) .

أي هو جدير بها ، وفلان أهل للعظام : أي هو كفي لها .  
وفي الاصطلاح الفقهي يمكن تعريف الأهلية في مفهومها العام  
الشامل بأنها :

صفة يقدورها الشارع في الشخص  
تجعله علا صالحاً لطلب تشريعي .

## ٤٠٥ - تحليل التعريف

(١) - أهليات الأشخاص صفات تكاملية ، لأنها بحسب الإيضاح  
السالف البيان هي مراحل التكامل الإنساني ، جسماً وعقلاً<sup>(١)</sup> . فبهذا  
التكامل التدريجي يتيمأ الشخص أولاً لثبوت الحقوق له ، ثم لثبوت  
الحقوق عليه ، ثم لصحة بعض التصرفات والمعاملات ، ثم في النهاية  
يتيمأ للمسؤولية عن الإخلال بكل ما يوجبه التشريع ، وعن الالتزامات  
التي يلتزمها بإرادته ويتعهد بها ، إذ تكل أهليته بوصوله إلى مرحلة الرشد .  
فهذا التكامل الإنساني الذي يتبعه كالظل تكامل الأهلية التدريجي

---

(١) - للأهلية معناها العام في نظر الفقه الإسلامي علاقة بالتكامل الجسمي  
لا بالعقلي فقط ، لأن الإسلام تكاليف دينية عملية تتطلب القدرة البدنية إلى  
جانب الوعي العقلي ؛ كالمبادات بأنواعها من صلاة وصيام وغيرها ، وكسائر  
الواجبات العملية الكفائية كالجهاد مثلاً . فلا يتوجه التكليف الشرعي بشيء من  
ذلك على أحد إلا إذا كان متمتعاً بالقدرة الجسمية إلى جانب العنصر العقلي ،  
ليكون أهلاً لتحمل التكليف .

إنما هو كفاية ولياقة : أي انه صنف وقابل في الشخص ، كما جاء في التعريف تنمو وتتسع تدريجياً كسائر مواهبه الفطرية ومداركه .

( ٢ ) — وهذه القابلية إنما يعود الى الشارع نفسه أمر تقديرها وتعيين درجاتها تبعاً لمراحل التكامل في الشخص ، ولسلامته من الآفات ، لأن الشارع هو الحاكم المتكلم على الناس أمراً ونهياً بما يصلحهم ويصون حقوق أفرادهم وجماعتهم بتلك الأحكام التي يشرعها لهم . فإليه يعود تقدير كفاءة كل من الناس لكل من تلك الأحكام ولذا جاء في التعريف أنها : « بقدرها الشارع » .

( ٣ ) — والمراد بالخطاب التشريعي : الحكم الشرعي ، فهما مترادفان في اصطلاح علم أصول الفقه . فما يشرعه الشارع ، سواء أكان من قسم العبادات الدينية كالصلاة والصيام ، أو من قسم الالتزامات والحقوق المدنية كوجوب تنفيذ العقود ، وضمان المتلفات ، وثبوت ملكية الممتلكات عند وجود سبب من أسباب التملك ، ووجوب النفقة بشرائطها بين الأزواج والأقارب ، كل ذلك وأمثاله يسمى : أمطاً شرعياً ، باعتبار أن الشارع قد حكم بها على الناس وأوجب تطبيقها بينهم . ويسمى أيضاً خطاباً تشريعياً ، باعتبار أن الشارع في تشريعه إنما يخاطب الناس بهذه الأحكام أمراً ونهياً ، ويلزمهم بتنفيذها واحترامها ( ر : أصول الفقه للخضري ص ٢١ / الطبعة الأولى ) .

٤) — وإذا كانت أهلية الانسان مراحل ودرجات بحسب تكامله وسلامته من الآفات الجسمية والعقلية كما أشرنا إليه آنفاً ، وهو في كل مرحلة أهل لبعض الأحكام أو التبعات دون بعض ، لذلك أوردنا في تعريف الأهلية بمفهومها العام لفظ الخطاب التشريعي بالتكبير ليشمل أدنى الأهليات لأقل الأحكام ، كأهلية الجنين على ما سنرى .

## الفرع الثاني

### أنواع الأهلية

٤٠٦ — إن الأهلية بمعناها العام الشامل المشروح تنقسم إلى نوعين أساسيين هما أهلية الوجود ، وأهلية الإدراك .

وستشرح فيما يلي هذين النوعين ، كما نقسم أفعال الناس الى أنواع بحسب ارتباط كل نوع من أفعالهم بأحد نوعي الأهلية :

أولاً) — أهلية الوجود

٤٠٧ — فأهلية الوجود هي : صفة الشخص لقيامه بالالتزام والتزامه .

والمراد بالالتزام : ثبوت الحقوق له . وذلك كاستحقاقه قيمة

المتلفات من أمواله على من يتلفها ، وكانتقال الملكية له فيما يشتريه أو ما يقترضه ، وكوجوب نفقته على غيره إن كان هو فقيراً عاجزاً .

والمراد بالالتزام : ثبوت الحقوق عليه ، كالتزامه بأداء ثمن المبيع وببدل القرض من ماله ، والتزامه بنفقة من يجب عليه نفقتهم من أقاربه الفقراء العاجزين إن كان هو غنياً ، الخ...

فكل أهلية يطلبها الشارع في الشخص لأجل نشوء حق له أو ترتب التزام عليه هي أهلية وجوب .

#### ٤٠٨ — مناط أهلية الوجوب :

وأهلية الوجوب هذه في نظر الشرع الاسلامي مناطها الصفة الانسانية ولاعلاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد ، بل كل انسان في أي طور كان أو صفة ، حتى الجنين والمجنون ، يعتبر متمتعاً بأهلية الوجوب هذه ؛ ولكن أهلية الوجوب فيه قد تكون كاملة أو ناقصة :

( أ ) — فاذا كان أهلاً لثبوت بعض الحقوق له فقط وليس بأهل لترتب الالتزامات عليه فهو ذو أهلية وجوب ناقصة ، كالخجل في بطن أمه قبل أن يولد ، كما سيأتي تفصيله .

( ب ) — واذا كان أهلاً فوق ذلك لترتب الالتزامات المالية عليه أيضاً فهو ذو أهلية وجوب كاملة ، كالصغير غير المميز والمجنون على ما يأتي تفصيله .



## ٤٠٩ — عناصر أهلية الوجوب :

فأهلية الوجوب ذات عنصرين :

أ - اولهما العنصر المؤهل للدائية: أي الولاية. وهو يؤهل الشخص لأن يكون دائناً ، بحيث تثبت الحقوق له ، ( وان كان غير صالح لأن تثبت عليه حق ما ) . ومثاله أهلية الجنين في بطن أمه : وهي أهلية ناقصة كما بينا آنفاً .

ب - وثانيهما العنصر المؤهل للعديونية أيضاً : أي الولاية ، وهو يؤهل الشخص لأن يكون مديناً كما يكون دائناً ، فيمكن أن تثبت الحقوق له وعليه بأسبابها المشروعة . وبهذا العنصر الثاني تكمل أهلية الوجوب في الشخص . ومثاله أهلية الانسان بعد ولادته حياً كما سنرى .

## ٤١٠ — أهلية الوجوب ، والزمه :

ان ذلك العنصر الثاني في أهلية الوجوب ، وهو العنصر الذي يؤهل الشخص للعديونية ، يستتبع وجود شيء آخر يقدر شرعاً في شخصية الانسان يسمى : الذمة <sup>(١)</sup> .

وهذه الذمة هي كوعاء اعتباري يقدر تكوينه في الشخص لتثبت فيه الديون وسائر الالتزامات التي تترتب عليه ، لأنه متى أصبح الشخص قابلاً للعديونية احتيج الى تقدير مقرر اعتباري في شخصه لاستقرار الديون التي عليه فهذا المقرر المقدر هو : الزمة ، وهو المقصود في مثل

---

(١) الذمة بكسر الهمزة والفتح وتشديد الميم ، جمعها قفم .

قولهم : إن لفلان في ذمة فمده مبلغ كذا من المال .

وسنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية تفصيل نظرية الذمة ، والسبب التشريعي لها ، اعمى الى تقديرها في الشخص ، ومقارنتها بنظرية الذمة المالية في الفقه الأجنبي .

ثانياً) — أهلية الاداء

١١٤) — وأما أهلية الأداء فهي : صومعة الشخص لممارسة

ادومال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل .

وقد قدمنا في بحث البطلان من نظرية المؤيدات الشرعية ( ف / ٣٤٣ ) أن الأفعال الحسية ذات الآثار الاعتبارية تتوقف آثارها ونتائجها الشرعية على وجودها الاعتباري في نظر الشارع ، ولا يكفي وجودها الحسي لترتب هذه الآثار . ومن ذلك جميع التصرفات المدنية .

فهذه الأفعال كلها سواء أكانت عبادات دينية كالصلاة والصيام ، أو كانت تصرفات مدنية كالعقود ، لا يمكن إسباغ هذا الاعتبار عليها من الشارع مالم يكن لدى فاعلها من التعقل والادراك نصيب يكون به قادراً على أن يفهم نتائجها إجمالاً : أي أن يتوافر لديه أدنى حد كاف من الفهم لتكون ممارسته لها عن قصد صحيح معتبر .

١٢٤) — يتضح من ذلك أن أهلية الاداء هذه لا وجود لها في

الطفل قبل ان يصير مميزاً قادراً على فهم الخطاب التشريعي إجمالاً ، وعلى

القيام ببعض الأعباء ( ر : رسالة الأهلية وعوارضها للاستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك ص / ٤ ) .

وهذا على خلاف الحال في أهلية الزوج فاتها لا يعترها العدم في الشخص أصلاً ، لما قدمنا من أن هذه الأهلية ملازمة للصفة الانسانية في الوجود ، حتى أنها تثبت للجنين في بطن أمه وإن كانت فيه ناقصة وذلك لأنها ليست أساساً لممارسة الأفعال وتحمل مسؤولياتها ونتائجها ، بل أساس لثبوت الحقوق للأشخاص وعليهم . والحل في بطن أمه قد اتفقت الشرائع الأهلية والوضعية على إثبات بعض الحقوق له . فهو إذن متمتع بأهلية وجوب ولو ناقصة كما تقدم .

أما أهلية الأداء فاتها أساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية كما أوضحنا . وهذه الأعمال والتصرفات تعتمد على قصد الفاعل وإرادته ، فلا بد في ممارستها من عنصر التمييز والتعقل .

فتبدأ أهلية الأداء في الإنسان متى أصبح مميزاً ، ولكنها تكون فيه قاصرة كما سيأتي بيانه . ثم تتم بتمام قدرته جسماً وعقلاً ، وذلك ببلوغه ثم رشده ، فيحمل عندئذ جميع التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق .

ثالثاً - تقسيم الأفعال بالنسبة إلى الأهليات

١٣٤ - بناء على ما تقدم تنقسم الأفعال التي تصدر عن

الانسان وتترتب عليها آثار ونتائج شرعية ، من حيث علاقتها بالأهلية الى نوعين :

( ١ ) - أفعال لا يشترط في فاعلها العقل بل يرتبط فيها الأثر بمجرد الفعل ارتباطاً مادياً محضاً كارتباط سائر المسببات بأسبابها الطبيعية . وذلك كالفعل الضار من حيث سببته الشرعية لضمان الضرر الحاصل به . وأمثال هذه الأفعال تعتمد في الفاعل أهلية الوجوب فقط لتحمل نتائجها المالية .

وهذه الأهلية كاملة في الانسان منذ ولادته ، وهو بها صالح للالتزامات عند تحقق أسبابها كما تقدم .

فلو أتلف المجنون أو الطفل غير المميز مالا لغيره أو أحدث فيه عيباً فإنه يضمنه : أي يصبح ملتزماً بتعويض ما أتلف أو عيب .

( ٢ ) - وأفعال يشترط في فاعلها العقل والتفهم كي يعتد بها وتترتب عليها آثارها ونتائجها الشرعية ، لأن نتائجها ارتباطاً بالمقاصد والإرادات وواضح أنه لا اعتبار للإرادة والتقص بلا عقل وإدراك .

وأمثال هذه الأفعال جميعاً تعتمد أهلية الإدراك في الفاعل لكي يعتد بها ، من حيث ان نتائجها ذلك الارتباط بالمقاصد والعقل .

فمن هذا القليل جميع العقود ، وسائر التصرفات المدنية<sup>(١)</sup> من قولية وفعلية ، كسلم المبيع أو قبض الثمن ؛ فانها لا يصحان من الطفل غير المميز ، وكأحرار المباحات العامة ، فان الطفل غير المميز لا يملك ما يقع في يده منها ،<sup>(٢)</sup> الخ .

ومن هذا القليل ايضاً جميع العبادات الدينية من صلاة وصيام وحج وغيرها .

ثم ان هذه الافعال من حيث درجة الأهلية المطلوبة فيها نوعان :  
(أ) - فمنها ما يشترط له كمال أهلية الأداء بأن يكون الفاعل بالغاً راشداً ، وذلك كالتبرعات المالية من هبة ووقف ونحوهما ، لأنها خسارة مالية محضة في حق الفاعل ، فيجب لصحة ممارستها لها أن يكون متمتعاً بكامل أهليته احتياطاً في صيانة أمواله وحقوقه .  
(ب) - ومنها ما يكفي فيه أهلية أداء قاصرة : بأن يكون الفاعل مميزاً : أي واعياً ، كما في العبادات الدينية وبعض العقود والتصرفات المدنية ؛ فاذا فعلها الصغير المميز تصح منه .

---

(١) - المراد بالتصرفات المدنية : التصرفات التي شرعت إما لإنشاء حق أو لإلزام  
كافي العقود وأحرار المباحات ؛ وإما لتنفيذ التزام كافي تسليم المبيع وقبض الثمن .  
(٢) - بخلاف الصغير المميز ، فإنه يملك ما يجزئه من المباحات عن قصد .  
( ر : الاشباه والنظائر لابن نجيم في احكام العبيان : ج ٢ ص / ١٤٥ ) .

وتفصيل ذلك في الفرع الثالث التالي :

## الفرع الثالث

مراحل اهلية الانسان بحسب اطوار حياته

٤١٤ - يتبين بما اسلفنا يئانه ان لأهلية الانسان مراحل تمر بها في طريقها الى التكامل بحسب اطوار حياته : منذ اجتثانه<sup>(١)</sup> حتى احتلامه فرشه . فالأهلية ترافق حياته كلها ، وتمر في التكامل بأطوار تسير أطواره : فتبدأ أهلية وجوب ناقصة ، ثم تنتهي إلى اهلية اداء كاملة ، لأن مراحل الأهلية مستمدة اولاً من انسانيته وما يتبعها من حقوق ، ثم من مواهب العقلية وماتورثه من استعدادات .

لكن يلحظ في هذا المقام أن الانسان إذا كانت ملكاته العقلية ومواهبه تزداد مع نمو جسمه سنة فسنة وشهراً فشهرأ ، فإن أهليته التي يمنحه إياها الشرع لا تتسع دائرتها كذلك سنة فسنة وشهراً فشهرأ ، وإنما تتسع وتنقل من طور الى طور في المراحل والمحطات الأساسية من أطوار حياة الانسان . ذلك لأن التنقل والتبدل السريع في الأهلية وخصائصها ليس مستحسنأ لأنه تضطرب به المعاملات . فوجب ، بالنسبة

---

(١) - اي تكونه جنينأ في بطن أمه (ر: القاموس المحيط مادة «عقل» )

إلى الأهليات ، أن لا يعتد بالفوارق السيرة في التكامل المستمر الذي تسير فيه مواهب الانسان الناشئة ، وأن لا تنتقل أهليته من حد إلى حد مختلف عنه في الخصائص إلا في المراحل الرئيسية من أطوار نشأته .  
**٤١٥** — ومن ثم تقسم نشأة الانسان الى خمسة أطوار أساسية :  
 طور الاجتنان ، طور الطفولة ، طور النضج ، طور البلوغ ، و طور الرشد .  
 ومراحل التكامل في أهلية الانسان توزع على هذه الأطوار ، بحسب دلائل أحكام الشريعة ، ووفقاً للترتيب التالي :

#### (١) — الطور الأول

##### طور الاجتنان<sup>(١)</sup>

**٤١٦** — هذا الطور هو الذي يكون فيه الانسان جنيناً : أي حملاً في رحم أمه . وهو يمتد منذ العلق الى الولادة .  
 وفي هذا الطور أثبت الفقه للحمل في بطن أمه أهلية وجوب ناقصة تجعله قابلاً للالزام فقط دون الالتزام . فثبت بعض الحقوق الضرورية له ، ولا يثبت شيء عليه .

(١) -- الفقهاء والأصوليون في هذا المقام يعبرون بلفظ « الحمل » ولا يستعملون لفظ « الاجتنان » .

وقد رجحنا إحياء هذا اللفظ المشتق اشتقاقاً مباشراً من « الجنين » ، وإن نستعمله في مرقعه هنا لما يمتاز به من حسن الدلالة على الطور الطبيعي مع غابة الإيجاز . فهو أفضل من لفظ « الحمل » الذي معناه الجنين نفسه لا طوره .

ويعمل الفقهاء والأصوليون ذلك بأن الجنين ليس له وجود مستقل من كل وجه ، بل يشبه أن يكون جزءاً من أمه كأنه عضو من أعضائها تابع لها ، ولذا لو بيعت دابة حامل دخل حملها في البيع دون تصريح به . وهو من وجه آخر يمكن أن يعتبر مستقلاً عن أمه لأن له حياة خاصة ، وهو يتباً لأن يتفصل عنها بعد حين ويصبح إنساناً مستقلاً<sup>(١)</sup> .

فلذا اقتضت أهلية الحمل على الحقوق الضرورية له ، ولا سيما أنه ربما لا يخرج إلى الدنيا حياً ، فلا حاجة إلى التوسع في منحه حقوقاً وربطه بالتزامات تكون كلها عرضة للانتقاض إذا لم يكتب له استمرار الحياة حتى الولادة .

## ١٧٤ — الحقوق الضرورية التي تثبت للجنين :

وقد اتفقت المذاهب الاجتهادية على أهلية الحمل لحقوق أربعة

تثبت له ، وهي :

- (١) — النسب من أبيه وأمه ومن يتصل بهم بواسطة .
- (٢) — الارث من يموت من مورثيه لأنه متفرع عن النسب .
- فيوقف الحمل من تركه مورثه أكبر النصيبين على تقدير كون

---

(١) - ر : ١ كشف الاسرار شرح أصول البزدوي ، ٢٣٩/٣ وشرح المنار لابن ملك ص/٢٣٤/ وآخر القاعدة /٨١/ من قواعد ابن رجب الحنبلي ص ( ١٧٧ ) .



الحمل ذكرًا أو أنثى<sup>(١)</sup> .

(٣) - استحقاق ما يوصى له به .

(٤) - استحقاق ما يوقف عليه .

لأن كلا من الوصية والوقف يجوز شرعاً لمن سيوجد ، فيجوز  
لحمل معين موجود بطريق الأولوية .

ولأهلية للحمل في استحقاق ما سوى هذه الحقوق الأربعة : فلا  
يجوز الهبة له . ولو اشترى له أبوه أو غيره شيئاً لا يملكه الحمل<sup>(٢)</sup> لعدم  
الضرورة ، ولأن الشراء له سيلزمه بالثمن وهو غير أهل للالتزام<sup>(٣)</sup> .

---

(١) - اختلفت الاجتهادات في مقدار ما يوقف للحمل من ميراث مورثه ؛  
فبعضها يوجب أن يوقف له نصيب أربعة أشخاص لاحتمال تعدده ؛ وبعضها  
يرى وقف نصيب اثنين . والراجح في الاجتهاد الحنفي أنه يوقف للعمل أكبر  
نصيب واحد على تقدير كونه ذكرًا أو أنثى ، لأن تعدده قادر . فإذا جاء أكثر  
من واحد يرجع على الورثة بحصة ( ر : المراجعة وشرحها ، فصل الحمل ) .

ومثال كون حصة الحمل الانثى أكثر من الذكر ما لو مات الشخص عن زوجة  
واب وأم وبنت وعن زوجة ابن حبل . فعلى تقدير كون الحمل هنا أنثى تكون  
حصتها سدس التركة ؛ وعلى تقدير كونه ذكرًا تكون حصته هي الباقي بعد ذوي  
الفروض ، لانه من العبيات ، وان الباقي في هذه الصورة أقل من السدس .

(٢) - ر : كشف الامرار شرح أصول فخر الإسلام البزدوي : ج ٤ ص  
٢٣٩/ ، وحاشية الحموي على الاشياء والنظائر لابن نجيم ، الفن الثالث ص ٢٠٢ .

(٣) - ومن ثم يصرح فقهاؤنا أن الحمل لا فعة له ، ( ر : كشف الامرار  
شرح أصول فخر الإسلام البزدوي ٢٣٧/٤ ) ، وذلك لان الذمة وعاء اعتباري =

٤١٨ - ويلاحظ ان ما يحجز للجنين من الميراث او الوصية او غلة الوقف ليس للجنين فيه ملكية نافذة ، بل متوقفة على ولادته حياً<sup>(١)</sup> . فإذا ولد ميتاً لا يثبت له شيء من تلك الحقوق المتوقفة : فترد غلة الوقف الموقوف عليه الى سواء من المستحقين ، ويرد الميراث المحجوز لاجله الى ورثة مورثه الآخرين ، ويرد ما أوصي له به الى ورثة الموصي .

وإذا ولد الجنين حياً ولو تقديراً<sup>(٢)</sup> تثبت ملكيته في هذه الحقوق مستندة الى وقت سببها السابق : أي بأثر رجعي .

= لاستقرار الحقوق التي على الشخص كما اسلفنا الاشارة اليه ( ر : ف / ٤١٠ ) فلا حاجة الى تقديرها فيه قبل أن يصبح أهلاً للالتزامات . وسيأتي لذلك مزيد ايضاح في بحث نظرية الذمة من الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية .

( ١ ) - وفي الاجتهاد الحنبلي يعتبر ملك الجنين نافذاً في الميراث منذ وفاة مورثه . وقد فرعوا على ذلك ان المرأة الحامل وأقارب حملها المستحقين للنفقة ينفق عليهم من ميراث الحمل وسائر امواله ان كان له مال ، وهذا منقول عن الامام احمد نفسه ( ر : القواعد لابن رجب الحنبلي تحت القاعدة / ٨٤ / ص / ١٨١ / الطبعة الاولى بطبعة الصدق بالقاهرة ) .

وهذا يفيد ايضاً أن للعمل في الاجتهاد الحنبلي أهلية للالتزام وذمة .  
( ٢ ) - تكون حياة الحمل تقديرية اذا اسقطت بجنابة على امه ، كما لو ضرب احد امرأة حبل فاسقطت من الضرب جنيناً ميتاً ، فان هذا الجنين يعتبر حياً حكماً ، وأنه مات بفعل من الضرب جنيناً ميتاً ، فان هذا الجنين يعتبر حياً حكماً ، وأنه مات بفعل الجاني . فيلتزم الجاني بدية الجنين التي تسمى : « غوة » =

## (٢) — الطور الثاني

### طور الطفولة

٤١٩ — ويمتد هذا الطور في الانسان من حين أن تلده أمه حتى يصبح ميّزاً .

والمراد بتمييزه أن يصير له وعي وإدراك يفهم به الخطاب التشريعي إجمالاً ، فيدرك معاني الاعمال الدينية والمعاملات المدنية ، ويفهم نتائج هذه المعاملات في تبادل الحقوق والالتزامات ولو بصورة بسيطة مجملّة ، فيعرف فرق البيع عن الشراء ، ويفهم تعادل القيم وتفاوتها .

فالطفل في طور طفولته قبل أن يصل الى هذا الوعي والتمييز يعتبر ويسمى : غير مميز ، وان كان له إدراك وتمييز في كثير من الامور الطبيعية .

٤٢٠ — إن مما لا ريب فيه أن خروج الجنين الى الدنيا بالولادة

---

= وقدرها خمسمائة درهم ( تساوي خمسين ديناراً كل عشرة دينار ) تعطى لورثة الجنين ، كما ثبت حق الجنين في ميراث مورثه الذي مات قبلاً ، فيعطى نصيب الجنين من الميراث لورثته هو ولا يعاد لورثة مورثه .

( ر : الدر المختار ، فصل الجنين من كتاب الديات : ٥ / ٣٧٧ - ٣٧٨ ) .

وزنة الدينار متقال من الذهب ، وزنة المتقال مائة حبة شعير . ويعتبر هذا المعيار في جميع لوجائب المالية من دينية ومدنية (رد المحتار باب زكاة المال : ٢٩/٢) .

ينتقل فيه الانسان من طور الى طور أساسيين في حياته وقابلياته: فهو ينتقل من طور هو فيه كجزء تابع لأمه في الحياة الى طور هو فيه ذو وجود مستقل ، وقابليات طبيعية لم تكن له من قبل .

وبذلك وجب أن تتسع أهليته وتدخل في مرحلة أكل ، ولكنها إنما يمكن أن تتسع في نطاق أهلية الوجوب ولا يمكن أن تمتد الى دائرة أهلية الأداء ، لأن الوعي مفقود فيه ، فيظل الطفل فاقداً في هذا الطور أهلية الأداء ، لأن أهلية الأداء إنما تؤهله لأعمال دينية أو مدنية تعتمد العقل ، والطفل لا يعي هذه الأعمال أصلاً في مبدأ هذا الطور ولا يفهمها فهماً كافياً في أواخره .

٤٢١ — ولفقدان أهلية الأداء في الطفل غير المميز لا يعتد

بشيء من التصرفات الانشائية يأسره بنفسه من أقوال أو أفعال :

( أ ) — فأقواله كلها هدر لا يترتب عليها حكم ، وعقوده باطلة ، لأن عبارته غير معتبرة شرعاً في إيجاب أو قبول أو إقرار أو إبراء أو غير ذلك . حتى انه لو كان تصرفه نافعاً نفعاً محضاً له كقبول الهبة او الصدقة لا يصح منه ، بل ينوب عنه نائبه الشرعي من ولي او وصي في مباشرة جميع العقود والتصرفات المدنية التي يحتاج إليها .

( ر : الاحوال الشخصية لقندي باشا م / ٤٨٣ ) .

( ب ) — وأفعاله كذلك سواء أكانت دينية كالصلاة والصيام ، او

مدنية كقبض المبيع او الوديعة او القرض ، كلها غير معتبرة . فلو اشترى له وليه او وصيه شيئاً فسلمه البائع الى الطفل لا يعتبر تسلمه ؛ فلو هلك في يد الطفل يهلك على حساب البائع ، كما لو هلك عند البائع قبل التسليم ( ر : الاحوال الشخصية أيضاً م/٤٨٨ )<sup>(١)</sup> .

وكذلك ما لو غصب مال الطفل غاصب ، ثم رده الى الطفل نفسه ، فان الغاصب لا يبرأ عن ضمان قيمة المال إذا هلك ، لأن تسلم الطفل لماله باطل غير معتبر .

(ج) — وإذا جنى الطفل جناية ولو قتلاً لا يعتبر فعله إجراماً ، فلا يستحق العقوبة ، حتى إنه لو كان القاتل مورثه لا يحرم الطفل القاتل من ميراثه لسقوط المؤاخذه عنه<sup>(٢)</sup> .

٤٢٢ — أما أهلية الوجوب فتكمل في الطفل بعنصرين<sup>(٣)</sup> متر وروية فيصبح أهلاً لثبوت الحقوق والالتزامات له وعليه ، بعد أن

---

(١) — بخلاف ما لو أثلف الطفل من تلقاء نفسه مال غيره دون تسليم او تسليط من المالك ، فانه عندئذ يضمنه كما سئرى لانه جناية على مال الغير .

(٢) — فالجناية لا تكون سبباً شرعياً لاستحقاق العقوبة إلا بما فيها من صفة الاجرام الذي هو غرود على النظام العام . ومن شرائط اتصاف الجاني بصفة الاجرام غام عقله ، وذلك بالبلوغ ، لأن العقل أساس المؤاخذه العقابية على عدم الطاعة .

(٣) — ومما قابلية الدائنية وقابلية المديونية ، أو الالتزام والالتزام ( ر : ف/٤٠٩ ) .

كانت هذه الأهلية لديه في طور اجتثانه قبل ولادته ناقصة كما تقدم .  
( ر : ف / ٤١٦ ) .

وعلى هذا الأساس يملك الطفل منذ ولادته ما يشتري له أو يوهب ،  
ويعقد وليه أو وصيه بالنيابة عنه سائر العقود من بيع وقرض ورهن  
وإجارة وصلح وقسمة وغيرها بشرائطها الشرعية ، وتترتب نتائجها  
لحساب الطفل ، وتثبت عليه سائر الالتزامات بأسبابها الشرعية .

**٤٢٣ -** أنواع الالتزامات التي يعتبر الطفل أهلاً لها :

وإجمالاً ، يجب على الطفل من الالتزامات والواجبات المالية كل  
ما يدخل في الأنواع الثلاثة التالية :

النوع الأول ) - الأعاوض المالية : وهي كل ما يكون في  
مقابل حق للغير ، كتمن ما يشتري للطفل وأجرة ما يستأجر له .

ومن هذا القبيل قيمة ما يتلفه الطفل من مال غيره ولو دون وعي  
منه ، لأنها عوض عما أتلفه من المال المعصوم ( ر : م / ٩١٦ والأحوال  
الشخصية لقنطري باشا م / ٤٨٧ ) .

وكذلك تعويض ضرر الجناية من دية أو أرش<sup>(١)</sup> إذا جنى الطفل

---

(١) - الدية ( بكسر الدال ) هي العوض المالي شرعاً للنفس الهني عليها .

والأرش ( بفتح فسكون ) هو العوض المحدد شرعاً لما دون النفس .

فإذا كانت الجناية على مادون النفس لانهيبد لعوضها ، بل هو مقوض شرعاً  
إلى القضاء بحده بعرفة الجبراء العدول في كل جنابة بحسبها كما في الكسر أو الرض . =

على النفس فما دونها .

ففقدان الوعي او نقصانه في الطفل إنما يمنع مؤاخذته بالعقوبة البدنية كما تقدم ، ولكنه لا يسقط حقوق غيره الناشئة عن عصمة أنفسهم وأموالهم ، لأن الالتزام بحقوق الغير إنما يعتمد كمال أهلية الوجوب في الملتزم ، وهذه الأهلية في الطفل كاملة<sup>(١)</sup> (ر: ف/٤٠٨) .

٤٢٤ — وعلى هذا يجب التمييز في ضمان الأفعال التي يباشرها الطفل بين الأفعال الجنائية التي ينجي بها على حق أو نفس ، وبين الأفعال المدنية .

فأما الأفعال الجنائية كأخذ الطفل من تلقاء نفسه مال الغير أو اتلافه فهي مضمونة عليه ، لأن الأفعال الجنائية لا تتوقف سببيتها للضمان على أهلية الأداء ، بل على أهلية الوجوب فقط .

وأما الأفعال المدنية كنسب مبيع أو قرض أو ودیعة سلمها اليه صاحبها بناء على عقد ، فإنها تعتبر من الطفل باطلة ؛ وإذا أتلف الطفل

---

= فالعوض يسمى « حكومة العدل » ؛ وقد يسمى أيضاً « أوشاً » ( ر : ف / ١٠٦ / ورد المختار أول كتاب الديات ج / ٥ ) .

(١) — وما يعلق بالأعراض في نظر الفقهاء نفقة الزوجة ، لانها تستحقها على الرجل لقاء احتباسها وتفرغها لواجبات الزوجية ، ولذا يلزم بها الزوج ولو كان فقيراً وهي غنية ؛ بخلاف نفقة الاقارب ، فانها ليست من الاعراض بل هي صلة من قبيل المزةنة الاجتماعية ، كما سنرى قريباً .

فيها ماتسامة لا يضمنه ، لأن المالك هو المقرط المسلط للطفل على إتلافها بتسليمه إياها<sup>(١)</sup> .

وهذا هو مراد الفقهاء في قولهم : ان الحجر يقع على اوقوال دون الافعال ، ويفرعون عليه أن أقوال الطفل وعقوده باطلة مهدرة ، أما أفعاله فتوجب عليه الضمان ( ر : م / ٩٤١ والدر المختار كتاب الحجر ٨٩/٥ و ٩١ ) ، فان مقصودهم هو أفعال الطفل الجنائية ، أما الأفعال المدنية ، فانها تخضع لقاعدة الصحة والبطالان كما تقدم في بحث البطلان ( ر : ف / ٣٤٥ ) ، فالطفل غير مسؤول فيها بالضمان بدليل هذه الأحكام التي نقلناها في اتلافه لما سلم اليه عن بيع او إقراض او استعارة الخ . . .

**٤٢٥** — وبما أن الزمة تبع لأهلية الالتزام ، لانها مقر مقدر في الشخص لاستقرار الديون التي تثبت عليه ، لذلك يصبح الطفل منذ ولادته - أي منذ كمال أهلية الوجوب فيه - ذا ذمة تتعلق بها جميع الديون التي تتحقق عليه في تلك الالتزامات ، بينما انه لم تكن له ذمة

---

(١) — وعلى هذا لو كان المودع أيضاً طفلاً كالوديع ، فأنلف الطفل الوديع الودعة يضمها لعدم صحة التسليم من الطفل المودع ، فبقي الاتلاف وحده جنابة من الطفل على مال غيره فتوجب الضمان ( ر : الاشياء والنظائر ، لابن نجيم ، الفن الثاني ، كتاب الحجر : ج ٢ ص ٧٨ - ٧٩ )



في طور اجتنانه قبل الولادة ، كما سبقت الإشارة اليه <sup>(١)</sup> .

انواع الثاني ( الضرائب المطروحة على الاموال ، كعشر الزرع  
وخراج الارض .

ومن هذا القبيل اليوم ضريبة الابنية ، وضريبة الدخل ، والمكوس  
( الجمارك ) وأمثالها . فكل ذلك مما يخضع له الطفل ، لأن هذه الحقوق  
العامّة التي تطرح على الاموال وتغذي بيت المال ، يتساوي في أسبابها  
وعلى ايجابها الطفل وغيره .

انواع ثالث - المؤونات الاجتماعية المنوطة بالغنى ، كنفقة

---

(١) - قد يتوهم أن هذا دليل على أن الجنين في طور اجتنانه قبل الولادة  
ليس له شخصية ، لأن الشخصية من لوازمها الذمة . فإذا لم تكن للجنين ذمة  
فليست له شخصية . وهذا ماعليه بعض الانظار القانونية ، وبه صرحت المادة  
٣١/ من قانوننا المدني الجديد - تبعاً لأصله المصري - اذ نصت على أنه : تبدأ  
شخصية الانسان بتمام ولادته حياً ، وتنتهي بموته .

وهذا خطأ ومتناقض مع اقرار حقوق الجنين مسلم بها في جميع الشرائع  
والانظار القانونية ، ومنها الارث ؛ اذ لا يعمل اثبات الحقوق الا لشخص  
طبيعي او اعتباري .

والنظر الصحيح هو أن الذمة بمعناها الاصطلاحي في الفقه الاسلامي ليست  
من لوازم كل شخصية بل من لوازم للشخصية المستقلة . وشخصية الجنين غير  
مستقلة في نظر فقهاءنا ، بل هو تبع لأمه ، كما سلفت الإشارة اليه ( ف/٤١٦ )  
وكما سنراه موضحاً في نظرية الذمة المبسطة في الجزء التالي من هذه  
السلسلة الفقهية .

الاقارب من آباء واخوة ونحوم ، فان هذه النفقة صلة فيها معنى المؤونة التي يقتضيها نظام المجتمع . فانه يوجب تضامن الاسرة فيما يصون الحياة . فلذا أوجب الشرع النفقة لفقراء الاسرة على أغنيائها في درجات وحدود وشرائط معينة ، واعتبر هذه النفقة كنفقة الانسان على نفسه ، لتستقيم الحال ؛ ومن الواضح أن الصغير والكبير من الاغنياء هما في علة هذا الحكم سواء .

٤٢٦ - أما زكاة الاموال فقد اختلفت الاجتهادات في ايجابها في مال الصغير لاختلافهم في طبيعتها :

— فذهب الاجتهاد الحنفي الى أنها عبادة مالية يتوقف ايجابها على البلوغ كسائر التكاليف الدينية . ولذا لم يوجبها الحنفية في مال الصغير .  
— وذهب الأئمة الثلاثة ، مالك والشافعي وأحمد ، الى اعتبار الزكاة شرعاً من الضرائب الاجتماعية المتعلقة بالمال ، لامن العبادات فلذا اوجبوها في مال الصغير ولو كان عديم أهلية الأداء ، فيخرجها عنه نائبه الشرعي من ولي أو وصي ( ر / : بداية المجتهد أول كتاب الزكاة ١ / ٢٢٥ ) .

### ٣) — الطور الثالث

#### طو التميز

- (أ) معنى التميز وخصائصه (ب) مبدأ التميز  
(ج) حدود أهلية الصغير المميز (د) أهلية الاداء  
وأهلية الاداء المدنية (هـ) تقسيم تصرفات الصغير  
المميز (و) أحكام الالف الصغير بالتصرف (ز)  
ملاحظات

#### (أ) — معنى التميز

٤٢٧ — يمتد هذا الطور في حياة الانسان من سن تمييزه حتى يبلغ جسماً وعقلاً .

والمراد بالتمييز أن يصبح له بصر عقلي يستطيع به ان يميز بين الحسن والقبيح من الامور ، وبين الخير والشر ، والتفيع والضير ، وإن كان هذا البصر غير عميق ، وهذا التميز غير تام ولا مستوعب للتأنيج . فهذا الطور في الحقيقة هو طور الاستتارة العقلية ، يدخل فيه عقل الانسان منطقة النور ، وتأخذ فيه الحقائق والمدرجات أمامه بالظهور حتى تستبين له في نهاية هذا الطور مكشوفة واضحة أمام مصباح العقل السليم . وبذلك يكون هذا الطور مرحلة من المراحل الأساسية في أهلية الانسان ، إذ يتكون له فيه وعي صحيح ولكنه منبعث عن عقل غرض لم ينضج ولم تكمل استنارته .

## ( ب ) — مبدأ التمييز

٤٢٨ — وليس لمبدأ هذا التمييز سن معينة من عمر الانسان أو علامة طبيعية فيه ، بل قد يكرر وقد يتأخر بحسب فطرة الطفل ودرجة ذكائه ومواهبه العقلية . وهو انما يعرف بأثره من التوازن الذي يبدو في تفكير الطفل وأعماله . وهذا أثر لا يظهر مفاجأة ، بل تدريجياً ، إذ تسبق آثار من التعقل تقاربه ، كمجات العقد تشابه كل واحدة ما قبلها وما بعدها ، لان كل واحدة أكبر مما قبلها قليلاً واصغر مما بعدها قليلاً ، ولكن الفرق بين اثنتين متباعدين يظهر كبيراً .

وبذلك تتشابه أوائل هذا الطور بأواخر طور الطفولة الذي قبله فلو جعل الانتقال من طور الطفولة منوطاً بظهور آثار التمييز نفسه لكان المناطق غير منضبط ، وحدود الأهلية الجديدة غير واضحة المبدأ . لذلك اقتضت حكمة التشريع أن تعتبر سن مناسبة من عمر الانسان مبدأ لطور التمييز ، فاعتبر الفقهاء : ان تمام السنة السابعة من العمر ، في الحائز الطبيعية السليمة مبدأ لطور التمييز ، وما يستتبعه من أهلية جديدة<sup>(١)</sup> .

---

(١) - وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال : « مروا اولادكم بالصلاة وهم ابناء سبع » ( من حديث نبوي أخرجه أبو داود بإسناد حسن ) وذلك لتعويدهم على عبادة الله تعالى منذ الصبا . وهذا يدل على مبدأ سن التمييز في نظر الشرع ، كما يدل أيضاً على تمتع الصغير في هذه السن بأهلية أداء ، كي تصح منه الصلاة .

### (ج) — مدود اهلية الصغير المميز

٤٢٩ — يتضح مما تقدم ان الصغير متى وصل الى سن التمييز فقد اصبح استعداداه وقابلياته في وضع وسط ، بين حال الطفل غير المميز ، وحال البالغ الرشيد . وهذا الوضع يقتضي ان يفسح له مجال التصرف بصورة مقيدة غير مطلقة ؛ لأنه من جهة يحتاج الى التعرین على ممارسة هذه الاعمال التي أصبح على وعي صحيح لها . وهو من جهة أخرى محتاج ايضاً الى حماية حقوقه من سوء تصرفاته واطغائه المتوقعة أي الى حماية نفسه من نفسه ، لأنه لا يزال قاصر ألم يبلغ عقله مرحلة النضج . فبناء على ذلك قرر فقهاء الشريعة ، استناداً الى دلائل قواعدها واحكامها ، أن للصغير المميز في هذا الطور اهلية اداء قاصرة ويريدون بذلك اهلية التصرف المالي .

والاهلية يستدل على انواعها وحدودها من الاحكام التشريعية المبينة عليها ، اذ يستدل من البناء على الاساس .

### (د) — اهلية الاداء الربغية واهلية الاداء المربنة

٤٣٠ — فالنظر فيما قرره الفقهاء والاصوليون للصغير المميز من أحكام يوجب تقسيم أهلية الاداء الى قسمين :

الاول ( — اهلية التعبير : وهي التي تؤهل الشخص لممارسة العبادات

المشروعة بحيث تعتبر صحيحة منه . وهذه نسميها نحن هنا : اهلية  
الاداء الربنية .

والثاني ( - اهلية التصرف : وهي التي تؤهله للمعاملات المالية  
والتصرفات الحقوقية من قولية وفعلية ، كالبيع والشراء ، والاخذ  
والعطاء . وهذه نسميها : اهلية الاداء المرنية .

أ ) - فأما أهلية الاداء الدينية ، أو أهلية التعبد ، فانها تثبت  
للصغير مالمز من أول طور التمييز . وبمقتضاها تصح منه العبادات  
التي هي مزيج من عمل بدني وفكري كالصلاة والصيام باجماع  
الاجتهادات ، وان كانت غير مفروضة عليه .

وعدم فرض هذه الواجبات الدينية عليه - رغم كمال اهلية الوجود  
فيه منذ ولادته ، وكمال اهلية الاداء الدينية فيه بالتمييز - هو لأن الاهلية  
انما تؤهل ولا توجب . فالإيجاب تكليف وهو يتوقف على سببه وسائر  
شرائطه الشرعية وان أول شرائطه البلوغ الذي يتم ب احتمال جسمه  
واكتمال عقله فلا يكون الشخص مكلفاً بشيء من الواجبات العملية  
قبل البلوغ .

ب ) - وأما أهلية الاداء المدنية ، أو أهلية التصرف فانها ايضاً  
تثبت للصغير من أول هذا الطور ، لكنها فيه فاصرة غير كاملة .

وقصورها هذا لحماية حقوقه وصيانة أمواله ، نظر القلة خبرته في التصرف  
بالمال وعدم معرفته بأحوال الناس .

( ٥ ) — تقسيم تصرفات الصغير المميز

بحسب قصور أهلية الأداء المدنية فيه

٤٣١ — وبمقتضى هذا القصور في أهلية الأداء المدنية لدى  
الصغير المميز قسم الفقهاء تصرفاته الحقوقية من حيث اعتبارها ونتائجها  
الى ثلاثة أنواع :

٤٣٢ — النوع الاول التصرفات التي هي ضرر مالي محض في  
حق الصغير .

وذلك كالتبرعات بجميع أنواعها من هبة ، أو صدقة ، أو وقف  
أو إعارة أو غيرها .

فهذا النوع لا يملك الصغير فعله ، ولا يملك أحد من ولي أو وصي  
أو قاض أن يجيزه له أو يفعله عنه . فاذا وقع كان باطلاً حماية لحقوق  
الصغير بمقتضى قصور أهليته .

ومن هذا القبيل كفالة الصغير المميز ديناً على غيره ، فان كفاله  
لا تصح ، لما فيها من معنى التبرع بالتزام أداء الدين عن غيره .  
وقد عد الفقهاء من هذا النوع طلاق الصغير لزوجه إن كان

مزوجاً ، فان طلاقه باطل ، لأنه يخسر به المهر ومنفعة الزوجية<sup>(١)</sup> .  
وقد استثنوا من هذا النوع إقراض القاضي مال اليتيم ، وإن كان  
في القرض معنى التبرع بالمعونة ابتداءً ، فانه يصون مال اليتيم من  
الضياع ، وهو خير من الابداع ، لأن الوديعة اذا هلكت دون تعد  
من الوديع عليها او تقصير في حفظها تهلك أمانة غير مضمونة ، بخلاف  
القرض فانه مضمون على المقرض في جميع الأحوال . وبسلطة القاضي  
إذا تولى هو الاقتراض لا يخشى على مال القرض . ( ر : رد المحتار ،  
الباب الأول من كتاب القضاء ٣٤١/٤ ) .

---

(١) - الظاهر أن بطلان طلاق الصغير لا يمنع جواز دعوى طلب التفريق  
التي تقام من احد الزوجين على الآخر بقتضى المادة / ١١٢ / من قانون الاحوال  
الشخصية الجديد لدينا ، اذا ادعت الزوجة الكبيرة على زوجها الصغير بطلب  
التفريق ، لأن هذا التفريق مخالفة جبرية أو تطليق جبري بسلطان القضاء عند  
عدم امكان اصلاح بين الزوجين .

والقانون قد جعل طلب التفريق حقاً لكل من الزوجين ، ولم يشترط في  
أحدهما إشراط لصحة الادعاء به ، فيرجع في ذلك الى القواعد العامة . والقواعد  
تقضي بأن ممارسة الحق تتوقف على أهلية صاحبه المدعي ، لا على أهلية الطرف  
الآخر المدعى عليه . فاذا كانت الزوجة كبيرة فالظاهر أن دعواها بالتفريق  
على زوجها الصغير القاصر مسموعة قانوناً . وهذا كما لو كان الزوج مجنوناً ، فان  
جنونه لا يمنع زوجته من طلب التفريق بقتضى أحكام القانون . ومن المقرر شرعاً  
وقانوناً أن المجنون في حكم الصغير غير المميز كما صرحت به المادة / ٩٧٩ / من  
المجلة ، والمادة / ٤٧ / من القانون المدني الجديد الذي حل محلها .



٤٣٣ — واختلفت الاجتهادات في حكم وصية الصغير المميز :

— فأجاز الامام الشافعي وفقهاء المدينة وصيته في وجوه البر .  
واستدلوا من جهة النظر بأنها خير لا يلحق الصغير منها ضرر في ماله ،  
لأنها إنما تنفذ بعد وفاته . واستدلوا من جهة الأثر بما روي عن عمر  
ابن الخطاب ( ر ض ) أنه أجاز وصية صغير يافع .

— وحكم أبو حنيفة وأصحابه بيطلائها لإضرارها بحقوق وريثة  
الصغير . والوصية إنما شرعت للكبير المكلف ليتدارك بشواها ما فاتته  
من تقصير في واجباته الشرعية . أما الصغير فغير محتاج اليها لأنه غير  
مكلف شرعاً . وإن منفعة وريثته مصلحة له ففي إيصائه عدول عما هو  
أفضل له من التوفير لوريثته . وإن ترك الأفضل هو ضرر محض في حقه  
لا محالة ، فيكون غير مشروع في حق الصغير فتبطل وصيته<sup>(١)</sup>

---

(١) — أقول : ان التعليل بحقوق الورثة كان يقتضي أن تعتبر الوصية من  
الصغير المميز موقوفة على اجازة وريثته لا باطلة ، وذلك شأن جميع التصرفات  
القولية المخرجة بحقوق الغير .

وقد نقل العلامة محمد بن محمود الاستروشي في كتابه « جامع أحكام الصغار »  
عن شرح الطحاوي : أن الصبي « لو أوصى في حال صغره بوصية لا تجوز الا اذا  
اجاز ذلك بعد بلوغه ، فيعتبر حينئذ كالابتداء » أي كابتداء الوصية بعد البلوغ  
( ر : جامع أحكام الصغار اول فصل الوصايا ) .

وهذا يؤيد رأينا أن هذه الوصية ينبغي أن تعتبر موقوفة لا باطلة ، لأن من =

( ر : أصول البزدوي . وشرحه كشف الأسرار ٢٤٩/٤ - ٢٦٠ )

٤٣٤ — النوع الثاني : التصرفات التي هي نفع محض في حق الصغير .

وذلك كقبول الهبة أو الصدقة ، وكإحراز المباحات .

وهذا النوع تكفي فيه أهلية الأداء القاصرة لدى الصغير فتصح منه ممارسته ، ويكون نافذاً منه دون توقف على إجازة وليه أو وصيه ، بل يكون شأنه كما لو صدر التصرف من كبير راشد ، لأن ممارسته هي منفعة للصغير على كل حال ( ر : المجلة / ٩٦٧ )

وقد اعتبروا من هذا النوع قبول الصغير المميز للوكالة عن غيره في كل ما يجوز فيه التوكيل من بيع وشراء وزواج وطلاق وخصومة وقبض وغيرها . وتصرفاته بالوكالة في حدود ما وكل به تلزم الموكل كما لو كان الوكيل كبيراً . وذلك لأن ممارسة الصبي الصغير هذه التصرفات بالوكالة - ولو دون إذن وليه أو وصيه - فيها تمرين له ، وتصحيح لعباراته ، وتعريف له بوجوه التصرفات وأساليبها ونتائجها

---

= القواعد المقررة ان الباطل لا يقبل الاجازة ، كما تقدم في بحث البطالان ( ف / ٣٥٩ ) ، ونص عليه الاستروشي ايضاً أول فصل مسائل البيوع من كتابه « جامع احكام الصغار » . لكن جميع نصوص المذهب التي اطلعت عليها متضافرة على البطالان ، فتأمل . ولو قيل بالتوقف على إجازة الورثة كما بينا لكان اوجه وأجرى مع القواعد .

بقدر الامكان ، كل ذلك على مسؤولية الموكل وعهده . وهذا نفع محض للصغير . ( ر . د جامع أحكام الصغار ، أول فصل مسائل الوكالة ، و « رد المحتار » ٤ / ٤٠٠ )

### ٤٣٥ — النوع الثالث : التصرفات المحتملة للنفع والضرر :

وذلك كالمعاوضات المالية في جميع صورها من بيع وشراء ، وإجارة واستئجار ، ورهن وارتهاق ، ومزارعة ومساقاة ، وكل ما يحتمل الربح والخسارة .

وهذا النوع من التصرفات يملك الصغير المميز ممارسته ويصبح منه ، ولكن لا يستقل فيه برأيه ، بل لا بد لتفاديه من موافقة ممثله الشرعي عليه<sup>(١)</sup> ( ر : المجلة / ٩٦٧ ) كما تقدمت الإشارة اليه في بحث النفاذ من الآثار العامة للعقود ( ف ٣ / ١٩٤ ) .

وإنما صحت من الصغير المميز مباشرة هذه التصرفات بنفسه لأنه يتمتع بأهلية أداء . وإنما اشترط لتفادها موافقة الممثل الشرعي من ولي أو وصي لقصور تلك الأهلية في الصغير ، واحتمال هذه التصرفات للنفع والضرر في حقه . فإذا اقترنت بموافقة ممثله الشرعي من ولي أو

---

(١) -- المراد بالممثل الشرعي هنا من تكون له على الصغير ولاية المال .  
وسبأني بيان وولي المال وولي النفس وحلاحياتها في الفصل الثالث الباحث عن الولاية الشرعية الناشئة عن قصور الأهلية .

وصي اعتبرت في مصلحة الصغير ، ونفذت عليه كما لو باشرها عنه  
بمثله نفسه .

٤٣٦ — وموافقة الممثل الشرعي تتحقق بأحد شكلين : إما  
بإذن منه سابق لتصرف الصغير ، وإما بإجازة لاحقة بعد التصرف<sup>(١)</sup> :  
أ — فإذا باشر الصغير المميز شيئاً من تصرفات هذا النوع بإذن  
سابق من مثله الشرعي كان التصرف صحيحاً نافذاً ملزماً للصغير منذ  
صدوره منه ، ولو كان فيه غبن فاحش في حقه إذا لم يكن غبنه نتيجة  
تغدير . وذلك لأن التجارة لا تخلو عن التغابن ، وقد يكون الرضى  
بالغبن من أساليب الدعاية التجارية لاستجلاب القلوب ، واستدرا  
أرباح أكثر ( ر : رد المحتار كتاب المأذون ١٠٠/٥ ) .

وهذا رأي أبي حنيفة وهو الراجح في مذهبه ، خلافاً لرأي

---

(١) - الإذن للصغير المميز بالتصرف المالي والتجارة هو تمرين مفيد له يكسبه  
مراساً وتجربة ومعرفة بأحوال الناس ونتائج المعاملات فهو تهيئة لرشده  
واختبار لمواجهه الفكرية . وأصل قول القرآن العظيم في سورة النساء :  
« وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً  
فادفعوا إليهم أموالهم » .

والابتلاء هو الاختبار . فقد أمر بتمرينهم واختبار قدرتهم على التصرف  
قبل البلوغ ، حتى إذا بلغوا ينظر هل أودتهم ذلك رشداً ؟ فإذا ظهر رشدهم بعد  
البلوغ كملت أهليتهم وسلمت إليهم أموالهم ، والا ينتظر الرشدهم . وسيأتي إيضاحه .

صاحبه الذين لا يميزان على الصغير المميز الغبن الفاحش ولو كان الصغير مأذوناً .

ب ) وإذا باشره دون إذن سابق كان صحيحاً غير نافذ ، بل موقوفاً على إجازة ممثله الشرعي : فان أجازته ممثله صار نافذاً من حين وقوعه : أي نفذ نفاذاً مستنداً بأثر رجعي ، لأن الاجازة اللاحقة كالإذن السابق ( ر : ف / ١٩٤ ) . وان رفضه اعتبر باطلاً كذلك منذ وقوعه . ومن هذا النوع عقد الزواج : فاذا تزوج الصغير المميز دون إذن وليه في النكاح كان العقد موقوفاً على إجازته ( ر : الأحوال الشخصية لقدري باشا : م / ٤٩٣ ) .

( و ) — أملاط الموزن للصغير بالتصرف :

### ٤٣٧ — مدى قبول الاذن للصغير المميز بالتجارة

وإذا أذن للصغير ممثله الشرعي بممارسة التجارة دخل في الاذن من هذا النوع جميع التصرفات التي تعد في العرف من شؤون التجارة ، كالبيع والايادة والمزارعة والرهن والارتهان والتوكيل الخ .. ، وكالاترار بالحقوق والأفعال . فكل ذلك يملك الصغير المأذون له بالتجارة ممارسته في استثمار ماله ، سوى اوقراض والكفالة ، فانهما وان كانا من شؤون التجارة ، يبقى الصغير المأذون مجبوراً عنهما ،

لأنهما من النوع الأول الذي هو ضرر محض في حق الصغير لما فيها من معنى التبرع .

٤٣٨ — وهنا تعترضنا مسألة خلافية مهمة وطريقة : وهي أن الصغير المميز إذا لم يكن مأذوناً وتعاقد مع غيره على شيء وتسلمه منه على سبيل الشراء أو الاقتراض أو الاستعارة أو الإيداع مثلاً ، ثم أُلغى الصغير فهل يضمنه ، أو لا يضمنه ؟

ذهب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة إلى التضمنين نظراً إلى أن العقد من الصغير غير المأذون إذا لم ينفذ عليه فقد بقي فعل الانلاف ، وهو بذاته يوجب على الصغير ضمان ما يتلف ولو كان طفلاً غير مميز كما تقدم ( ر : ف / ٤٢٤ ) . فالقضية هنا قضية ضمان فعل ، والصغير أهل لذلك ؛ وليست قضية ضمان عقد .

وذهب أبو حنيفة وصاحبه الآخر محمد بن الحسن الشيباني إلى عدم التضمنين بحجة أن فعل الانلاف هنا ساقط الاعتبار ، لأنه بسيط من المالك الذي سلم المال إلى صغير غير مأذون فعرضه للتلف ، ولم يأخذه الصغير ويتلفه من تلقاء نفسه . فلم يبق إلا الضمان الواجب بالعقد . والصغير غير المأذون ليس بأهل لالتزام ضمان العقود . وهذا هو الرأي الراجح في المذهب الحنفي .

أما لو كان الصغير مأذوناً فهو ضامن بالاتفاق ( ر : الأحوال

الشخصية لقدري باشام / ٤٨٧ — ٤٨٨ ، والد المختار ورد المختار  
كتاب الحجر ٥ / ٩٢ / وآخر كتاب المأذون ٥ / ١١٢ ) .

وهذا حكم يستوي فيه الصغير المميز غير المأذون والصغير غير  
المميز كما تقدم ، لأن كليهما محجور ( ر : ف / ٤٢١ و ٤٢٤ ) .

### ٤٣٩ — قابلية الاذن لتخصيص ، وعدمها

وهذا الاذن في الاجتهاد الحنفي لا يقبل التخصيص . فاذا أذن للصغير  
ممثل الشرعي ببعض التصرفات من هذا النوع كالبيع مثلاً ، وقيد  
بنوع من البضاعة أو شخص أو سوق أو زمان مخصوص ، أصبح الصغير  
مأذوناً اذنأ عاماً بالتجارة والتعامل في جميع الأنواع ومع جميع  
الاشخاص في جميع الازمنة والامكنة ، حتى يحجروه بمثله من جديد ،  
لأن الاذن يقبل الاسترداد .

وذمبت اجتهادات أخرى كالاجتهاد الحنيلي الى أن هذا الاذن  
يقبل التخصيص ويتقيد بما يقيد به الممثل الشرعي للصغير نوعاً وشخصاً  
وزماناً ومكاناً . فيبقى الصغير المميز فيما وراء حدود إذنه محجوراً غير  
نافذ التصرف .

وحجة الاجتهاد الحنفي أن الاذن رفع واسقاط لقيد الحجر  
الأصلي . وان الاسقاط في نظرهم لا يقبل التقيد .

وحجة الاجتهادات الاخرى ان الاذن كالتوكيل ، والتوكيل  
يقبل التقييد ، فيقيد الوكيل بما يقيد به الموكل ، لان سلطة الوكيل  
مستمدة منه .

ولا يخفى أن هذا النظر أوجه وأجرى مع المصلحة ، فان الاذن  
للصغير ب مباشرة التجارة والتعامل انما شرع لتعريضه واختباره . وقد  
يكون له بصيرة في نوع دون نوع ، وقد يؤمن عليه من التعامل مع  
شخص دون غيره . فيجب أن يصح تخصيص الاذن ، والاضاعت  
الحكمة منه .

على أن كون الاذن اسقاطاً لقيد الحجر لا يستلزم عدم امكان  
تخصيصه ، لأن المقيد يمكن أن تطلق منه ناحية فقط ويبقى غيرها  
على قيده .

#### • ع ٤ — الصراحة والدلالة في الاذن

والاذن للصغير يكون : إما صراحة ، بأن يقول له بمثله : أذنت  
لك بالتجارة ، أو اذهب الى السوق فبع واشتر ، ونحو ذلك ؛ وإما  
دلالة ، كما لو رآه وليه يتعاطى مع الناس البيع والشراء فظل ساكناً  
عنه ، فانه يصبح مأذوناً ، وذلك لحاجة التعامل ودلالة الحال ، إذ من  
المقرر في القواعد ان السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان ( ر: ف/



١٧٤ والمجلة / ٦٧ ) وإلا تغرر الناس بدلالة حال الولي ، وتورطوا في التعامل مع الصغير وهو غير مأذون .

#### ٤٤١ — التمييز بين الاذن بالتصرف وبين الاستخدام :

ولكن على كل حال يجب التمييز بين الاذن والاستخدام ، فلا يتحقق الاذن إلا بما يفيد ، صراحة أو دلالة ، إطلاق الحق للصغير المميز من ممثله الشرعي في تصرف نوعي : أي ببعض أنواع التعامل . أما لو أرسله الى السوق ليشتري له شيئاً معيناً من طعام أو كسوة أو غيرهما ، فهذا استعانة واستخدام في تصرف شخصي محدود ، وليس إذناً في تصرف نوعي متكرر ، فلا يصير به الصغير مأذوناً ، والا انسد باب الاستخدام المجرد ( ر : المجلة / ٩٦٩ والهداية وشروحا كتاب المأذون ٨ / ٢١٩ ورد المختار ٥ / ٩٨ ) .

#### ٤٤٢ — والخلاصة أنه بالنظر الى الاذن وعدمه يصنف

الصغار المميزون الى صنفين : مأذونين ومجورين :

— فالمأذون : هو الذي أطلق له ممثله الشرعي حق التعامل في التصرفات التي تتوقف في الأصل على موافقته ، وهو النوع الثالث المتقدم . وعندئذ يصبح الصغير في هذه التصرفات ككامل الاهلية تنفذ عليه وتلزمه ولو كان فيها غبن فاحش .

— والمجور: هو الذي لا يزال تصرفه في هذا النوع خاضعاً لأجازة  
مثله الشرعي لقصور أهلية الأداء لديه .

ويتضح من ذلك أن الاذن بالتجارة يختص تأثيره بالصغار المميزين .  
أما الذين دون سن التمييز فأهلية الأداء معدومة لديهم ، وكل تصرفاتهم  
باطلة كما تقدم . فالاذن لهم وعدمه سواء .

٤٤٣ — حجر المأذون وما يشترط فيه :

أشرنا سابقاً الى أن الاذن بالتجارة للصغير المميز قابل للاسترداد .  
فلمثله الشرعي أن يحجره بعد الاذن ، وأن يعود فيأذنه بعد الحجر ،  
لأن من يملك منح الاعتبار يملك استرداده .

ويشترط لصحة الحجر أن يعلم به الصغير نفسه<sup>(١)</sup> . ثم اذا كان مثل  
الصغير قد أعلن إذنه في السوق ، أو كان إذنه شائعاً يجب أيضاً أن يعلن  
الحجر ويشاع ، ليحيط الناس به علماً كي لا يتغروا فيتضرروا . ولا  
يصح حجره سراً في الغياب أو بين عدد قليل من أهل السوق ، بل يبقى  
الصغير على حكم الاذن وتنفذ معاملاته الى أن يعلم بحجره هو وأكثر  
أهل السوق .

أما اذا كان إذنه غير معلن ولا شائع فيمكن في صحة حجره إعلامه

---

(١) — كالوكيل اذا عزل الموكل ، فانه لا ينفذ عزله الا بعد علمه به ، وقبل  
ذلك يبقى على وكراته ، وتصرفاته نافذة على الموكل .

به دون اعلان ( ر : رد المحتار ١٠٥/٥ ) .

ويجب أن يلحظ هنا أن حجر المأذون إنما يقع مقتصرأ ليس له استناد - أي تأثير رجعي - فاذا حجر الصغير المأذون ، فان ما مضى من تصرفاته في حال اذنه السابق يظل نافذاً .

( ز ) — معلومات هامة :

١١ ١٢ — هذا ويجب أن يلحظ في هذا المقام ثلاثة أمور هامة :  
الاول ( — أن الصغير المميز غير المأذون اذا بلغ سن الرشد ينتقل اليه حق اجازة تصرفاته الموقوفة التي كان باسرها حال الصغير ولم يبت فيها بمثله الشرعي بإجازة أو رفض ، لأنه متى بلغ الرشد استقل في التصرف بحقوقه . أما اذا كان التصرف الواقع من الصغير قد رفضه مثله قبل بلوغ رشده فلا يملك الصغير حق اجازته بعد بلوغه ، لأن التصرف قد بطل بالرفض السابق ، والباطل لا يقبل الإجازة ، كما تقدم ( ر : ف / ٣٥٩ ) . حتى ان الممثل الشرعي نفسه ، قبل بلوغ الصغير ، لا يملك أن يرجع عن الرفض الى الإجازة ، أو عن الإجازة الى الرفض .

الثاني ( — أن كل تصرف من النوع الأول الذي هو ضرر محض في حق الصغير لا يملك الصغير أيضاً حق اجازته بعد بلوغ رشده ؛

لأنه صدر باطلاً منذ وقوعه ؛ فيستوي في عدم قابلية الإجازة مع ما بطل بالرفض بعد وقوعه صحيحاً موقوفاً ( ر : ف / ١٦٧ ) .

الثالث ) — أن التصرف من النوع الثالث كالبيع والشراء والايجار والاستئجار ، اذا وقع فيه غبن فاحش في حق الصغير غير المأذون التحق بالنوع الأول الذي هو ضرر محض ، حماية للصغير ، فيبطل ولا يقبل الإجازة . وإنما اغتفر الغبن الفاحش في حق المأذون للضرورة ، إذ لا تخلو عنه أعمال التجارة .

وإذا كان الأمر بالعكس ، بأن كان الصغير في تصرفه غائباً ، والمتعاقد الآخر مغبوناً ، كما لو باع الصغير المميز شيئاً بأكثر من قيمته أو اشترى بأقل منها ، فإن عقده يبقى خاضعاً لإجازة بمثله الشرعي اذا لم يكن مأذوناً فيه لأن العبرة في ميزان النفع والضرر لنوع التصرف لا لخصوص العقد الواقع ؛ وإن نوع هذا العقد من الصغير يتوقف على الاذن أو الإجازة ( ر : المجلة ٧ / ٩٦٧ ورد المختار — كتاب المأذون ٥ / ١١٠ ) .

أضف الى ذلك أن النفع الظاهر في الحاضر لا يعول عليه ، بل العبرة في مصلحة الصغير لتتأجج التصرف التي ناط الشرع بمثله تقديرها .

## (٤) - الطور الرابع

### طور البلوغ

٤٤٥ - البلوغ أهم المراحل الطبيعية التي تمر بها حياة الإنسان ، لأنه ينتقل فيها من طور الصغر الى طور الكبر ، ويصبح من مبدئها مكلفاً يلقي على عاتقه نظير ما يحمله سائر الكبار المكلفين من التكليف الشرعية ، ومن المسؤوليات عنها .

ذلك أن البلوغ في الحالات العادية السليمة يصل فيه نمو الجسم وقدرته الى الحد الكافي لتحمل التكليف الشرعية البدنية ، كما يصل فيه نمو العقل والإدراك الى الحد الكافي من معرفة الخير والشر ، والنافع والضار ، وعواقب الأعمال . وإنما يتفاوت الأشخاص بعد ذلك - فيما وراء هذا النصاب الكافي من قدرتي الجسم والعقل - تفاوتاً طبيعياً بدرجات الذكاء والمواهب الفطرية التي لا يتساوى فيها اثنان من الناس . وهذا التفاوت في الزيادة عن الحد الكافي لا عبرة له ولا يمنع تساوي الجميع في القدرة على فهم التكليف وحمل المسؤوليات بعد توافر النصاب اللازم من مؤهلاتها لديهم .

وبناء على ذلك اتفق فقهاء الشريعة على أن الإنسان بالبلوغ يتوجه اليه خطاب التكليف الموجه من الشارع الى الناس . فيصبح البالغ مشمولاً

بالخطاب التشريعي ، ومكلفاً بما يفرضه ذلك الخطاب على الناس من واجبات عامة بشرائطها الشرعية : من الإيمان بالله تعالى وكتبه ورسله وسائر شعب الإيمان ، ومن العبادات المفروضة ، وتحصيل القدر الضروري من العلم لإقامة الدين ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والجهاد والمساهمة بالمال والعمل في كل ما تتوقف عليه مصالح المجتمع الاسلامي ، الى سائر التكليف والواجبات . كل ذلك بقدر الاستطاعة .

وكذلك يصبح البالغ مسؤولاً عن طاعة النظام الشرعي الذي يفرض الأمن الداخلي ، واجتناب العدوان والتأثر الشخصي والخضوع للحكام في حدود سلطاتهم المشروعة ، والرجوع اليهم في حل الخصومات فيصير الانسان بالبلوغ خاضعاً لنظام العقوبات الشرعي العام فيما يرتكبه من جرائم ومخالفات .

### ٤٤٦ - مد البلوغ

والبلوغ يعرف ويعتبر بظهور علاماته الطبيعية<sup>(١)</sup> . فتى ظهرت علاماته أخذ البلوغ حكمه بمجرد ظهورها دون التقيد بسن معينة . فاذا تأخر ظهور علاماته اعتبر الشخص بالغاً حكماً متى وصل الى نهاية سن البلوغ المعتادة .

---

(١) - وهي في الغلام الاتزال ، وفي الفتاة الحيض أو الحمل .

فلسن البلوغ امتداد بين بداية ونهاية يكون البلوغ الفعلي بينهما بحسب العادة :

فبدايتها اثنتا عشرة في الذكور ، وتسع سنوات في الاناث ، لأن ذلك يختلف باختلاف الأقاليم : ففي البيئات الحارة يكرر البلوغ وفي الباردة يتأخر . فاعتبر أدنى الحدود الطبيعية فيه .

وأما نهايتها فقد اختلفت فيه الاجتهادات : فذهب أبو حنيفة الى أنها ثمانى عشرة سنة في الذكورة ، وسبع عشرة سنة في الاناث ، وهو المروي عن ابن عباس . ولكن جمهور الأئمة وصاحبي أبي حنيفة على أنها خمس عشرة سنة في الذكور والاناث جميعاً ، وهو الرأي الراجح المفتى به في المذهب الحنفي ، وعليه المجلة .

والشخص بين بداية سن البلوغ ونهايتها يسمى : مرافقاً .  
والمراق إذا ادعى البلوغ أو أقر به ، وكان نمو جسمه محتملاً ،  
يصدق وإلا فلا ( ر : المجلة / ٩٨٥ - ٩٨٩ )<sup>(١)</sup> .

---

(١) - يلحظ هنا أن الفقرة الثانية من المادة الثانية من نظام ادارة اموال الابتام العثماني الذي لا يزال جانب من أحكامه نافذاً الى اليوم في سورية نصت صراحة أن :  
«حكام الشرع ممنوعون من استماع دعوى البلوغ الفعلي ممن لم يكملوا الخامسة عشر من العمر» .

وبذلك أصبح إثبات البلوغ الفعلي قبل نهاية سن البلوغ المذكورة غير مقبول  
في الجنسين : الذكور والاناث على السواء .  
=

٤٤٧ — يتضح مما تقدم أن المناط الأصلي للتكليف الشرعي ليس هو سنأ معينة من عمر الإنسان ، بل هو توافر النصاب الكافي من القدرتين : قدرة الجسم ، وقدرة العقل .

يبدأن نصاب قدرة الجسم يتجلى محسوساً في الحالات العادية السليمة بالبلوغ فعلاً ، أو بالبلوغ حكماً واعتباراً في سنه المعتادة .

أما نصاب قدرة العقل فأنما يعرف بآثاره من توازن أعمال الانسان . ولكن هذه الآثار ليست كعلامات البلوغ المحسوسة في الظهور ، فلو جعلت هي نفسها المناط الذي يربط به التكليف لكانت مناطاً مشتبهاً غير منضبط . وبما أن البلوغ هو المظنة الظاهرة الطبيعية لنمو العقل كنمو الجسم بحسب المعتاد ، لذلك ربط به التكليف تسلياً وتيسيراً ، كما تقتضيه حكمة التشريع<sup>(١)</sup> .

---

= ثم جاء أخيراً قانون الاحوال الشخصية السوري الجديد الصادر لديناني ١٧/٩/ ١٩٥٢ فاشترط في المادة /١٥/ منه لأهلية الزواج البلوغ الفعلي في الجنسين . ولكنه في المادة /١٨/ منه نص على قبول القاضي دعوى البلوغ من المراهق الذي أكمل اثماسة عشرة ، ومن المراهقة التي اكملت الثالثة عشرة ، لاجل الاذن لها بالزواج اذا تبين للقاضي صدق دعواها واحتمال جسيما .

(١) — قال الامام حافظ الدين النسفي في شرحه على كتابه « المنار » في اصول الفقه ما خلاصته :

« أصل العقل يعرف بدلالة العيان ، وذلك بان يختار الموم ما يكون أنفع له ، ويعرف مستور العواقب فيما يفعل وما يذر . وكذلك نقصان عقله يعرف بعدم انسجام أفعاله ولا توازنها . وأحوال =



## ٥ - الطور الخامس

### طور الرشد

٤٤٨ - كما أن صيرورة الانسان بالبلوغ مكلفا بالمعنى الذي سلف بيانه لايعني كمال أهلية الاداء المدنية فيه ، ونفاذ تصرفاته المالية . بل ان كمال هذه الأهلية في الشخص يتوقف على صفة أخرى فوق البلوغ هي صفة الرشد .

والرشد ، والرشد في اللغة: بمعنى الصلاح والهدى الى صواب الأعمال . والصفة منه : راشد ورشيد . وهو عكس الغي والضلال كما في قوله تعالى : « لا اكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي » <sup>(١)</sup> وحقيقة الرشد بلوغ العقل ، فان بلوغ الجسم لا يستلزمه (ر: كتاب الاهلية والمجالس الحسينية للاستاذ المحامي محمد هاشم المنها) .

= البشر تتفاوت في كمال العقل ، فأقام الشرع اعتدال حال الانسان ببلوغه عاقلا مقام العقل في بناء الخطاب الازامي ( اي التكليف ) عليه تيسيرا وتسيلا . ولم يعتبر احتمال تمام العقل قبل البلوغ ، ولا بقاء نقصانه بعد البلوغ لان ذلك موهوم ، ولان قواعد التشريع أن العلامة الظاهرة متى اقيمت مقام الوصف الباطن تيسيرا دار الحكم معها وجودا وعدماً » ٥١ .

(١) - ر : « المصباح » للفيومي ، ومفردات القرآن ، للراغب الاصفهاني مادة « رشد » .

والرشد عند الفقهاء في هذا المقام — أي في الشؤون المالية — ليس هو الورع والتقوى ، بل هو البصيرة المالية التي يكون بها الشخص مسمى التصرف بلئال من الوجهة الدنيوية ، ولو كان فاسقا من الوجهة الدينية . وهو التفسير المنقول في هذا الموضوع عن ابن عباس<sup>(١)</sup>

ويقابله السفه ( بفتحتين ) : وهو تبذير المال واتلافه في غير حكمة سواء أكان في أمور الشر كجمع الفساق والانفاق عليهم ، أو في أمور الخير كما لو صرف الشخص جميع ماله في بناء مسجد في غير حاجة عامة فإنه يعتبر سفياً في نظر فقهاء الشريعة ويستحق الجبر<sup>(٢)</sup> .

فتلك البصيرة المالية تتوقف على قدر من التجربة والممارسة العملية وسيطرة النهى على الهوى ، فوق أصل النصاب العقلي اللازم لادراك الخير والشر ، والنفع والضرر بالتقدير الكافي للتكليف . فقد يكون

---

(١) د : المجلد / ٩١٦ و ٩١٧ و ٩٦٣ / ولدر المختار ورد المختار في كتاب الجبر ٩٥/٥ وفي كتاب الوقف ٤٣٠/٣ وتنقيح الفتاوى الحامدية ١٩٨/١ نقلا عن البحر الرائق ، لابن نجيم .

(٢) د : مرآة المجلد ٩٤٦/م نقلا عن الباب الثاني من كتاب الجبر في الفتاوى الهندية .

ولعلم الحق ان هذا التحليل العلمي في معنى الرشد وهذا التمثيل لسله باتلاف المال ببناء مسجد من غير حاجة اليه مما من أروع الامثلة على مالمدى فقهاء الشريعة الاسلامية من فحصر علمي مجرد عن كل عصبية في بناء الاحكام الفقهية ! .

الانسان على ملكة عقلية كافية لمخاطبته بالتكليف الشرعي ومسؤوليته، ولا يكون رشيداً في ادارة المال لجهله بذلك ، أو لقلبه هواه على عقله ومعرفته . وذلك كالرجل السفیه المبذر ، فانه مكلف شرعاً ومسؤول عن واجبات التكليف ، وعن الجرائم ، ولكنه يحجر عن التصرف بأمواله لعدم رشده ، ويقام عليه وصي يتصرف عنه كما يقام على القاصرين .

فهذا الرشد المالي قد يرافق البلوغ، وقد يتأخر عنه ، وذلك بحسب فطرة الشخص وما يكون له من سابقة تمرين وخبرة في شؤون المال وأحوال الناس .

وبهذا الرشد ، لا بمجرد البلوغ ، ينشط كمال الأهلية المدنية في الشخص وما يستتبعه هذا الكمال من اطلاق حرية التصرف له وتسليم أمواله اليه .

وبناء على ذلك وجب شرعاً ، عندما يبلغ الشخص ويصبح مكلفاً بالأحكام العامة ، أن ينظر في أمر رشده : فإذا أثبت أنه قد بلغ رشيداً فانه يعتبر منذ البلوغ كامل الاهليات جميعاً ، ويتحرر من الولاية أو الوصاية ، وتنفذ تصرفاته واقراراته ، وتسلم اليه أمواله (ر:الأحوال الشخصية لقدوري باشا م/ ٤٩٦) .

وأما اذا لم يثبت رشده مع بلوغه فانه يبقى قاصر أهلية الأداء ،

وتبقى أمواله متنوعة عنه ، وتستمر عليه الولاية من جهة المال<sup>(١)</sup> حتى يثبت رشده .

وأصل ذلك هو أن النص القرآني الذي سلف بيانه<sup>(٢)</sup> يعلق تسليم أموال اليتامى إليهم بظهور هذا الرشد . ولا يكتفي بمجرد البلوغ .

٤٤٩ — ولا شك أن عدم جواز تسليم مال الشخص إليه قبل ظهور رشده المالي يستلزم بقاء الولاية المالية عليه وعدم نفاذ تصرفاته قبل ذلك ، إذ لا فائدة لمنع أمواله عنه إذا كانت عقوده وإقراراته عليها نافذة ، إذ يضيع عندئذ أمواله بأقواله وإن لم تصل إليها يده ، فلا يتحقق غرض الشارع في حمايته من سوء تصرفه ( ر : م / ٩٨٢ ) .

ومن المقرر في علم أصول الفقه أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب<sup>(٣)</sup> . فالأمر التشريعي بشيء يعتبر أمراً أيضاً بما يستلزمه ذلك الشيء ولا يتم إلا به ؛ فالأمر بالوضوء للصلاة مثلاً هو أمر بالسعي

---

(١) . أما الولاية عليه من جهة النفس - وهي تتضمن سلطة التزويج الجبري والتأديب والتطبيب الجراحي ، كما سيأتي في الفصل الثالث - فإنها تقطع عن الشخص بمجرد بلوغه عاقلاً وصيوره مكلفاً .

(٢) - هو قوله تعالى في سورة النساء ( ٥ / ٤ ) : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » .

(٣) - ر : أصول الفقه للخضري ص / ٥٤ - ٥٦ ، والموافقات للشاطبي ٢ / ٣٩٤ طبعة المطبعة الرحمانية .

الى مكان الماء . وإيجاب الواجبات الشرعية التي تحتاج الى قوة البدن ، كالعبادات والجهاد ، هو إيجاب للأكل والشرب الكافيين لحفظ القدرة على أداء هذه الواجبات . وكذا إيجاب رد المغصوب هو إيجاب لتحمل نفقة الرد اذا كان محتاجاً الى نفقة ، وهلم جراً ..

فن هذا المبدأ الاصولي يتضح أن المنع الشرعي من تسليم المال الى صاحبه الناشئ قبل ايناس رشده يعتبر منعاً له من التصرف ؛ والا لم يكن لمنع المال عنه من فائدة ، بل قد يكون عبثاً . وقد صرح علماء الأصول أنه : « يجب في التشريع ( ر : الموافقات للشاطبي ( ١٥٨/١ ) .

٤٥٠ — هذا ، ويجب أن ينتبه في هذا المقام الى أنه قد ترى للفقهاء نصوص تصرح بأن الانسان اذا بلغ عاقله انقطع عنه الولاية ؛ وكلت أهليته ، ونفذ تصرفه وإقراره<sup>(١)</sup> . ولكن هذه النصوص الفقهية وأمثالها محمولة على ما اذا بلغ الشخص رشيداً . وإطلاقهم النص في بعض المواطن انما هو اعتماد على التفصيل والتقييد المقرر في مواطن

---

(١) — من ذلك مثلاً ما قد مناقله في الحاشية تحت الفقرة ١٣٣/ عن كتاب « جامع احكام الصغار » للاستروشي من « ان الصغير المميز لا يجوز وصيته الا اذا أجازها » بعد بلوغه « فان المراد : « بعد بلوغه رشيداً »

أخرى<sup>(١)</sup> ( ر : المجلة / ٩٨١ — ٩٨٤ و ٩٨٩ ) .

٤٥١ — تحديد سن الرشد : معناه و عمره

معنى تحديد سن الرشد : أن ينصب حد في عمر الشخص ينتهي فيه الحجر الطبيعي الذي يفرضه الشرع حكماً على الصغار الناشئين .  
ولهذا التحديد ثمرتان :

( ١ ) — أنه لا يقبل عندئذ من الشخص أن يثبت رشده قبل هذا الحد ، ولو كان بالغاً فعلاً أو حكماً .

( ٢ ) — ان الشخص الذي يبلغ سن الرشد المحددة ، وهو سليم العقل

---

( ١ ) — قال الاستاذ المحقق الشيخ احمد ابراهيم في رسالة « الاملية »

ص / ١٧ - ١٨ / مانصه :

« وقد اتفقت كلمة الفقهاء على جعل مناط التكليف البلوغ ، سواء أكان بالسن أم بالعلائات ؛ وبه تنتهي الولاية على النفس والمال جميعاً ، ويتوجه الخطاب الشرعي كاملاً ، لكن لاحظت بعض الدول في الالاد الاسلامية ، كالدولة المصرية ، أن من المصلحة ألا يجعل اعطاء الصغير ماله بمجرد بلوغه الشرعي ، بل لابد من الانتظار حتى يبلغ أشده ، كما أنهم رفعوا سن التمييز على حسب ما تراهى لهم من مقتضيات المصالح . » أقول : ان هذا مبني على عدم التفريق بين التكليف الشرعي واهلية التصرف ، بناء على ما يورثه إطلاق بعض نصوص الفقهاء في بعض المواطن كما نهىنا عليه ، وهو خلاف الواقع الذي يتجلى من انعام النظر في كلام الفقهاء .

=

(أي غير مجنون ولا معتوه) يعتبر عندئذ كامل أهلية التصرف حكماً،  
فيرفع عنه الحجر الشرعي ويتحرر من الولاية التي كانت عليه دون  
حاجة الى اثبات رشده<sup>(١)</sup> .

هذا مفهوم تحديد سن للرشد ، وثمره هذا التحديد في الأحكام .

## ٤٥٢ - هل للرشد سن محددة في الشريعة الإسلامية ؟

الشريعة الإسلامية - وهي شريعة إنما جاءت لتكون مبادئها خالدة

= وان دعوى اتفاق كلمة الفقهاء على ذلك غير مسلمة . فقد نقل الاستاذ نفسه  
في الحاشية رأي أبي حنيفة في انتظار سن الرشد الى سن الخامسة والعشرين لاجل  
تسليم المال ؛ ورأي جمهور الفقهاء مع صاحبي أبي حنيفة في انتظار الرشد منها  
بلغت سن الانسان غير الرشيد ، كما سنرى قريباً ، وهذا مايدل عليه النص  
القرآني الذي سلف بيانه وعليه العمل . فما ذهب اليه قوانين تلك البلاد  
الإسلامية مبني على هذه الاجتهادات الصريحة .

والذي يجلي الشبهة هو ما جرينا عليه من تقرير الانفكاك في الثبوت بين  
التكليف الشرعي وأهلية الاداء المدنية : أي أهلية التصرف المالي .

فالتكليف يثبت عند البلوغ لأنه يعتمد قدراً أمن القدرة الجسمية ومن المدارك  
الطبيعية كافياً لفهم الخطاب الشرعي والتمييز بين الخير والشر .

أما أهلية التصرف المالي فتعتمد على خبرة عملية في ادارة المال وحفظه فوق  
تلك المدارك الطبيعية . فلذا تتوقف على الرشد بمعناه الذي شرحنه .

وبذلك ينجلي الموضوع ، وتتوافق النصوص ويندفع كل إشكال .

(١) - كما في تحديد سن البلوغ ، اذ يعتبر من يتم الخامسة عشر بالفاً حكماً

دون حاجة الى اثبات بلوغه فعلاً ( ر : ف / ٤٤٦ ) .

قابلية للتطبيق في كل زمان ومكان - لم تأت بتحديد سن للرشد ، لأن زمن الرشد يختلف تبعاً لفطرة الشخص ، كما يختلف باختلاف البيئات والأوضاع الاجتماعية والاقتصادية العامة ، وبحسب العلم والتربية والأخلاق العامة .

على أن نصوص الشريعة ودلائل أحكامها تدل على أنه : لا يعتبر رشح قبل البلوغ . فالبلوغ شريطة مبدئية كنقطة ارتكاز للانتقال من طور القصور الى طور الرشد . وقد يصاحب الرشد البلوغ وقد يتخلف عنه . فتتبع دلائل وجود الرشد اعتباراً من البلوغ . ولذا جاء نص القرآن في هذا المقام مبداً عام ثابت وهو ربط كمال أهلية الشخص بإيناس رشده بعد البلوغ كما تقدم ، في قوله تعالى :

« وابتلوا النياى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » .

أما تحديد سن لهذا الرشد فتركته الشريعة لولاية الأمر بحسب مقتضيات الزمن والسياسة الشرعية في المصالح المرسله .

ومن ثم اختلفت الاجتهادات في مدى انتظار الرشد : فذهب أبو حنيفة الى انتهاء الولاية المالية على الشخص واطلاق التصرف له بمجرد بلوغه ، ولو سقياً متلاًفاً . لكن أمواله اذا بلغ سقياً يؤخر تسليمها إليه على سبيل الاحتياط والتأديب عملاً بظاهر النص القرآني في عدم



تسليمه ماله حتى يرشد ؛ ولكنه لا ينتظر أكثر من تمام الخامسة والعشرين من عمره . فإذا أتمها يسلم اليه ماله ولو ظل سفيهاً . ولا يجوز في نظره الحجر على الكبير إلا بسبب العته أو الجنون ، لأن في سلب أهلية الانسان الحر العاقل ضرراً معنوياً بكرامته يفوق ضرره المالي الذي يراد اتقاؤه بالحجر عليه .

ولكن جمهور الفقهاء وصاحبي أي حنيفة قد ذهبوا الى خلاف ذلك ، فقرروا وجوب استمرار الولاية المالية على الشخص اذا بلغ غير رشيد حتى يؤنس منه الرشد دون تحديد سن معينة للانتظار، وفقاً لظاهر النص القرآني السالف البيان، بحجة أن منع ماله عنه يستلزم حجره عن التصرف القولي فيه كما تقدم ، وإلا لم يكن لحبس المال عنه فائدة . وقرروا أيضاً وجوب إعادة الحجر عليه بحكم قضائي اذا ظهر منه سفه وتبذير بعد الرشد ، معتبرين أن ضرر السفه عام لا خاص .

قال أبو بكر الجصاص :

« إن ضرر السفه يجري الى الكفاة ، فانه إذا أفنى ماله بالتبذير صار وبالاً وعبألاً على الناس وبيت المال » .

وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي نفسه ، وعليه العمل والمجته . غير أن أبا يوسف يشترط لحجر السفه أن يقضي به القاضي ولو كان سفيه أصلياً منذ البلوغ . ( ر : المجلة / ٩٥٨ و ٩٨١ — ٩٨٤ / ، وكتاب

الحجر في رد المحتار ٥/ ٩٤ - ٩٥ / وفي غيره من الكتب الفقهية ،  
وكشف الأسرار شرح أصول البزدوي ٤/ ٣٧١ - ٣٧٤ .

### ٤٥٣ — محمد بن الرشد في القوانين :

كان في التشريع الروماني سن محددة للرشد الذي يخرج به الانسان  
من نطاق الحجر الطبيعي القانوني ، ويتمتع فيه بأهلية التصرف كاملة .  
وكانت لديهم هذه السن في بداية الأمر أربع عشرة سنة في الذكور ،  
واثني عشرة في الاناث ( أي سن البلوغ الفعلي تقريباً ) ، لأن  
الأخلاق كانت ساذجة ، وروابط الأسرة ومراقبتها قوية الاحاطة  
بالتاشئين . فلا حاجة للإبطاء في منحهم الأهلية الكاملة .

فلما ازدحم المجتمع ، وتشعبت الأعمال ، وطفئت الاطماع وضعفت  
روابط الأسرة ، ظهرت للتعجيل بمنح الأهلية مضار اضطرتهم الى  
تأخيرها حتى سن الخامسة والعشرين .

وبعض الشرائع القانونية الحديثة حددت سن الرشد بتسع عشرة  
سنة ، وبعضها بإحدى وعشرين . واختار القانون المصري سابقاً ثماني  
عشرة سنة . ثم رفعت الى إحدى وعشرين ( ر : شرح القانون المدني  
المصري القديم للأستاذ فتحي زغلول باشا ص / ٢٨ ) .

### ٤٥٤ — ومن الواضح أن رفع سن الرشد الى حد معين بعد

البلوغ هو اليوم بما تقتضيه المصلحة فقد تعقدت المعاملات وإجراءاتها، وتشعبت كثيراً، وتدهورت الأخلاق العامة، وكثر تفنن المحتالين في سلب أموال الناس. فأصبح لا بد من زيادة الاحتياط في حماية الناشئين، وصيانة ذمهم وأموالهم، بتحديد سن الرشد في حدمرتفع. وهذا لا ينافي الشريعة الإسلامية الحكيمة، بل يوافق مبادئها وفقها في رعاية المصالح كل الموافقة.

( ر : رسالة الأهلوية للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص / ٢١ ) .

سن الرشد القانونية في وربة

٤٥٥ — ( أ ) — قبل القانون المرني الجديد

في سنة ١٢٨٨ هـ من العهد العثماني صدرت ارادة سلطانية سنية تمنع القضاة من سماع دعوى الرشد واثباتها من لم يتم العشرين من عمره، نظراً للمصلحة الزمنية التي توجب رفع سن الرشد الى حد تتوافر فيه الخبرة في الشؤون المالية<sup>(١)</sup>.

ثم صدرت مجلة الأحكام العدلية بالارادة السلطانية المؤرخة في ٢٣ من شعبان سنة ١٢٩٣ هـ، فأجازت المواد / ٩٨١ - ٩٨٣ / منها الصغير اذا بلغ أن يثبت رشده منذ بلوغه، وحينئذ يسلمه الوصي أمواله.

---

(١) - ترى هذه الارادة السنية في شرح المادة / ٩٨٣ من المجلة من شرح العلامة علي حيدر وشرح الاستاذ سليم رستم الباز ( الطبعة الثانية ) .

وقد جرت المجلة في ذلك على أصل الحكم الشرعي ، لأن اللجنة التي كلفت وضعها إنما مشيت على تقنين الأحكام الشرعية الأصلية بناء على الاجتهاد الحنفي ، تاركة أمر المصالح للأوامر السلطانية .

٤٥٦ — وبذلك نسخت المجلة حكم الارادة السلطانية السابقة في تحديد سن الرشد بعشرين عاماً ، ورجعت به الى حد البلوغ الطبيعي ، ولكنها لم تجعل البلوغ قرينة شرعية ( قانونية ) كافية لاعتبار الشخص رشيداً الى أن يثبت سفيه ويقضى عليه بالحجر ، بل جعلت الشخص بالبلوغ قابلاً لأن يكون رشيداً . فعليه إثبات رشده ليصبح كامل الأهلية .

ثم صدر في ٤ من ربيع الأول سنة /١٣٢٤ هـ نظام ادارة أموال الأيتام ( الذي لا يزال بعض أحكامه نافذاً في سورية الى اليوم ) فنصت المادة /٥٩/ منه على أنه :

« بعد أن يكمل الأيتام سن العشرين تنظم المحكمة الشرعية حجة بذلك ، وتبرز لمديري الأيتام . وبعد إجراء المعاملة اللازمة تسلم إليهم أموالهم التي في الصندوق » ...

وهذا كما ترى عودة قانونية من السلطان العثماني الى تحديد سن الرشد بالحد الذي كانت قررته الارادة السنية السلطانية سنة ١٢٨٨ هـ وهو تمام العشرين عاماً ذلك لأن التعبير القانوني « بتسليم المال الى

الأيتام بعد إكمالهم عشرين عاماً ، أو « بعدم تسليمهم أموالهم قبل هذه السن » يستلزم نفي إمكان رشدهم قبلها ، ويساوي التعبير « بعدم كمال أهليتهم قبل سن العشرين » .

فقد أسلفنا أن منع تسليم المال الى صاحبه الناشئ قبل إنساس رشده يستلزم منع نفاذ تصرفاته القولية ( ر : ف/٤٩ ) . ولا يعقل في المنطق التشريعي خلاف ذلك ؛ وإلا استطاع الشخص أن يتصرف بجميع أمواله ويبددها بكلمتين عن طريق التعاقد أو الاقرار ، فلا يكون عدم تسليمها إليه مانعاً من إتلافه لها ، إذ يتسلمها غراماً وه الدائنون له بدلاً منه<sup>(١)</sup> .

---

(١) - أثناء الطبعة الثالثة من هذا الكتاب اطلعت على ما كتبه الاستاذ المحامي الدكتور صبحي الحمصاني من بيروت عن الاهلية في الجزء الثاني من كتابه القيم الذي ظهر حديثاً باسم « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » ونقلته عنه المجلة القضائية البيروتية في العدد الثالث من السنة ٢٨/ فاذا به يقرر انفساك التلازم بين كمال اهلية التصرف وتسليم المال : فانه بعد ان حكمي اختلاف الاجتهادات في ارتفاع الحبر عن الصغير بمجرد البلوغ أو بظهور الرشد بعد البلوغ ، نقل ماجاه في المادة ٩٨٢/ من المجلة ونصها :  
« اذا بلغ الصبي غير رشيد فلا تدفع اليه امواله مالم يتحقق رشده » ، ويمنع من التصرف » .

ثم قال مستتجاً :

« فاذن يرتفع الحبر عن الصغير بالبلوغ ، إلا ان يحبر عليه القاضي =

## ٤٥٨ - ( ب ) - بعد القانون المدني الجديد :

جاء القانون المدني السوري الذي صدر سنة ١٩٤٩ م ونحن نجد  
طبع هذا الكتاب ، فحددت المادة ٤٦/ منه سن الرشد بتمام ثماني عشرة

---

إذا استبان عدم رشده ، ولكن أمواله لا تدفع إليه إلا بعد ثبوت  
الرشد . فالأهلية شيء وتسليم المال شيء آخر ) .

( ر : الكتاب المذكور ج ٢ ص ١١٣ - ١١٤ ) .

وقد سبقته الى هذا الفهم محكمة التمييز السورية بقرارها المؤرخ في ١٤ من  
شهر شباط / ١٩٣٣ م ، فنقضت به حكماً للمحكمة الشرعية يقضي برد دعوى  
اثبات الرشد لعدم إكمال المدعي -س العشرين- ، وعلت النقض بمثل هذا التعليل !!  
وبما اسلفنا بيانه يظهر الخطأ جلياً في هذا الفهم ، لانه مبني على انكسار  
التزام بين حبر المال وحبر التصرف فيه ، وكذا بين كمال الأهلية والرشد ؛  
بحيث يعتبر الشخص كامل الأهلية بمجرد البلوغ ولكن يحبس عنه ماله حتى يثبت  
رشده ، على اساس ان تسليم المال تابع لثبوت رشده وان الرشد غير كمال الأهلية ؛  
وشبه الأستاذ المحمدي في هذا فاشته من نص المادة ٩٨١/ من المجلة ، ونصه  
كما نقله في مطلع بحثه هو كما يلي :

« لا ينبغي ان يستعجل في اعطاء الصبي ماله عند بلوغه ، بل يجرب  
بالتالي ، فاذا تحقق كونه رشيداً تدفع حينئذ إليه أمواله » .

ولاحظ ان معنى هذه المادة هو انه لا يعتبر الصبي رشيداً كامل الأهلية  
بمجرد بلوغه بل يجب تجربته واختباره ، وليس معناها أنه يمنع عنه ماله رغم  
اعتباره بمجرد البلوغ رشيداً كامل الأهلية .

سنة شمسية ١٤٠٢<sup>(١)</sup>؛ وصرحت بأن كل شخص متى أنتما وهو متمتع بقواه العقلية، ولم يحجر عليه حرجاً قضائياً، فإنه يصبح « لامل الاهلية للممارسة حقوقه المدنية » .

وقانوننا بهذا التحديد قد خالف أصله المنقول عنه وهو القانون المصري الجديد الذي حافظ على ما كان في التقنين المصري القديم من تحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة .

ووجهة النظر في إنزال قانوننا السوري سن الرشد الى الثامنة عشرة هي أن هذه السن ، بمقتضى قانون الموظفين العام لدينا ، تؤهل الشخص لتولي الوظائف العامة في الدولة فلا يعقل أن يتولى شخص عملاً من أعمال الدولة العامة وهو لا يزال قاصراً مجبوراً عن التصرف في حقوقه وأمواله الخاصة .

وأخيراً صدر في سورية قانون الأحوال الشخصية الجديد سنة ( ١٩٥٣ ) م فأقرت المادة /١٦٢/ منه تحديد سن الرشد بنمائي عشرة سنة شمسية كاملة ، وفقاً للقانون المدني .

---

(١) - يعبر القانون المدني هنا وفي جميع المواطن الاخرى عن السنة الشمسية بلفظ « ستة ميلادية » وهو تعبير غير صحيح ، لان لفظ ( ميلادية وهجرية ) هما يدل لغة على مبدأ الحساب السنوي للتاريخ ، لا على نوع السنة من كونها شمسية أو قمرية . وان كان الواقع ان التاريخ الميلادي المسيحي محسوب بالسنة الشمسية ، والتاريخ الهجري الاسلامي بالسنة القمرية ، لان هذا الواقع مصادقة لالفة .

٤٥٩- هل يحتاج المهر من الوليدة بعد سن الرشد الى دعوى وقضاء

ويجب أن يلاحظ في هذا المقام أنه بمقتضى نص المادة (٤٦) المذكورة من القانون المدني السوري والمادة (١٦٣) من قانون الأحوال الشخصية الجديد يعتبر الرشد ثابتاً للشخص حكاماً وتكمل أهليته للتصرف، وينحدر من تحت الولاية أو الوصاية ، بمجرد إتمامه الثامنة عشرة من عمره وهو سليم العقل ، دون حاجة الى ادعاء وقضاء بهذا التحرر .

فالشخص الناشئ ، يكون محجوراً لقصوره مبرراً طبيعياً بحكم القانون ، فيتحرر في سن الرشد تحرراً عفويّاً أيضاً بحكم القانون لزوال الموجب ، ما لم يكن محتلاً العقل ، أو يلق عليه حجر قضائي قبل ذلك بسبب آخر ( كالسفه ) يمنع من هذا التحرر .

فالأصل ارتفاع الحجر الشرعي الناشئ عن القصور بمجرد بلوغ سن الرشد ما لم يمنع من ذلك مانع .

وهذا هو المعقول خلافاً لما كان عليه التعامل في الدوائر القضائية والعقارية لدينا قديماً ، أنه يشترط لتحرر الشخص من الولاية أو الوصاية ، وتسليمه أمواله بعد بلوغه سن الرشد ، أن يثبت رشده أمام القضاء ويقضى له بذلك .

ولكن محكمة التمييز السورية في اجتهادها الأخير قد ردت هذه القضية الى جادة الصواب ، فقررت أن الحجر الطبيعي الناشئ عن



الصغر يرتفع بالكبر، ويملك الشخص كمال أهلية التصرف دون حاجة الى ادعاء وقضاء<sup>(١)</sup>.

أما إذا بلغ الشخص سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً فإن الحجر الطبيعي الذي كان فيه بسبب الصغر يستمر في تشريعنا السوري دون حاجة الى حجر قضائي جديد. وهذا مقتضى المادة (٤٦) من القانون المدني الجديد، والفقرة الرابعة من المادة (١٦٣) من قانون الأحوال الشخصية الجديد<sup>(٢)</sup>.

---

(١) - على ان اشتراط الادعاء والقضاء لاجل التحرر من تحت الحجر والوصاية الناشئين عن الصغر يؤدي الى نتيجة غريبة، فان الشخص الذي لا يطلب إثبات رشده أمام القضاء قد يبلغ الشيخوخة ويصبح من اقطاب العلم أو السياسة وهو في نظر دوائر الدولة قاصر محجور.

(٢) - المادة / ١٥ / من القانون المدني السوري تعتبر المجنون والمعتوه اهلاً لتعاقد قبل أن يجبر عليها حجراً قضائياً ويشهر الحجر وفقاً للاجراءات الرسمية للشهر، الا أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة عنها وقت التعاقد، أو يكون المتعاقد معها على علم بها.

والمادة / ١١٥ / هذه فيها تقييد لاطلاق المادة / ٤٦ / التي تشترط لتمتع الشخص بكمال الاهلية أن يكون قد بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، فان المفهوم المخالف لهذا النص ان الشخص اذا بلغ سن الرشد غير متمتع بقواه العقلية لا يكون كامل الاهلية.

وبذلك يكون حكم المادة / ١١٥ / من القانون المدني غريباً، لأنه يقضي بصحة عقود المجنون والمعتوه قبل الحجر القضائي عليها رغم ثبوت الجنون أو العته =

وهذا بخلاف مالو بلغ الشخص سن الرشد وهو سليم العقل ،  
لكنه سفيه مبذر لماله ، فإنه يعتبر كامل الأهلية مالم يجبر عليه  
قضائياً للسفه .

ومتى كان الحجر قضائياً محكوماً به على الشخص الكبير ، سواء  
أكان ذلك بسبب جنون أو عته طارئين بعد الرشد ، أو بسبب السفه  
فان الحجر القضائي السابق لا يرتفع ولا يعود للشخص كالأهلية  
النصرف إلا بحكم قضائي مبني على زوال سبب الحجر السابق .

( ر : قرار محكمة التمييز السورية الصادر في ٨ نيسان / ١٩٣١ / ر / ٣٧ ) .

---

= وقت التعاقد .

لذلك جاءت المادة / ١٦٣ / من قانون الأحوال الشخصية الجديد الصادر بعد  
القانون المدني لدينا مصرحة باستمرار الولاية على من بلغ سن الرشد مجنوناً أو  
معتوهاً دون حاجة الى حكم قضائي ، ولم تشترط أن يكون جنونه أو عتمه  
شائعاً . فكانت بذلك ناسخة للقيود الواردة في المادة / ١١٥ / المذكورة ومتفقة مع  
إطلاق المادة / ١٦ / من القانون المدني .

## الفصل الثاني

### عوارض الأهلية

٤٦٠ — إن جميع ما تقدم من مراحل الأهلية وقواعدها وأحكامها بحسب أطوار نشأة الانسان إنما هو بناء على الحالة الطبيعية التي يكون فيها الشخص سليم النشأة .

غير أنه قد يطرأ على الأشخاص عوارض جسمية أو عقلية ، كمرض الموت ، والجنون ، يعتبر لها في أهليتهم تأثير كلي ، أو تأثير جزئي ينقص منها نقصاً متفاوت درجاته بحسب نوع العارض وطبيعته .

هـ — هذه العوارض يقسمها علماء أصول الفقه الى قسمين :  
سماوية ، ومكتسبة .

فالعوارض السماوية : هي ما ليس للشخص اختيار في إيجادها .  
والمكتسبة : هي ما يكون له في تحصيلها اختيار<sup>(١)</sup> .

---

(١) — ليس لهذا التقسيم مرة تنشأ عنه في الأحكام ، وإنما هو فيما يظهر لمجرد الترتيب .

ويعد من العوارض السماوية ستة عوارض : الجنون ، والعتة ،  
والاغماء ، والنوم ، ومرض الموت ، والرق .

ويعد من العوارض المكتسبة : السكر والسفه .

ونحن نضيف على هذه العوارض المكتسبة عارضاً آخر هو  
المبرونية بدين مستغرق ، أو الوفوس<sup>(١)</sup> .

والفرق بين العتة والجنون أن العتة ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف  
في الوعي والادراك ، أما الجنون فهو اختلال في العقل ينشأ عنه  
اضطراب أو هيجان .

وقد اختلفوا في العتة والجنون : هل هما درجتان متفاوتتان من  
جنس واحد ، أو هما حقيقتان مختلفتان ؟ وعلى كل يتميز المعتوه عندهم  
بالمهدوء في أوضاعه بالنسبة الى المجنون<sup>(٢)</sup> . ( ر : أصول فخر الاسلام

---

(١) ان فقهاء لم يكونوا يذكرون هذه المبرونية بين عوارض الاهلية ،  
لأن الدين ، ولو مستغرقاً ، لم يكن يعتبر في أصول المذاهب والنظريات الفقهية  
مانعاً من تصرف المدين بأمواله . ثم أفنى المتأخرون بأنه مانع ، كما سلفت إشارة  
اليه في الفقرتين ( ١٧ و ١٩٤ / ٤ ) وسنوضحه هنا قريباً . فلذا وجب عده الآن  
من عوارض الاهلية .

(٢) - المبدأ العام في المجنون أنه يعتبر كالصغير غير المميز في جميع أحكامه  
أما المعتوه فقد اعتبره الاجتهاد الحنفي في حكم الصغير المميز ، فتخضع تصرفاته  
للتفصيل بحسب التقسيم الثلاثي المتقدم في طور التمييز ( ر : المجلة / ٩٧٩ ٩٨٠ )  
لكن الاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم رحمه الله حقق في رسالة الأهلية وقرر أن =

البرزدي وشروحه الكشف : ٤ ص ٢٧٤ — ٢٧٥ ، ورد المختار في كتاب  
الحجر ، ورسالة الأهلية للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص / ١٢٣ - ١٢٧ .

### ٤٦١ — في أي اړهليين تؤثر هذه العوارض ؟

قدمنا فيما سلف من مباحث الأهلية أن أهلية الوحوب مناطها  
الصفة الانسانية دون العقل . فلكل شخص منذ ولادته أهلية وجوب  
كاملة يصلح بمقتضاها لثبوت الحقوق له وعليه ، وللبنين في رحم أمه  
أهلية وجوب ناقصة يصلح بمقتضاها لثبوت بعض الحقوق له  
لا عليه ( ر : ف / ٤١٦ - ٤١٧ ) .

أما أهلية الأداء فمناطها العقل . فلذا لا تبدأ في الشخص حتى  
يصبح له تمييز .

يتضح من ذلك أن هذه العوارض ينحصر تأثيرها في أهلية الأداء  
دون أهلية الوجوب ، لأن هذه العوارض مها كان لها في حالة الشخص  
وفي ملكاته العقلية من تأثير لا تساب عنه الصفة الانسانية ، ولا تجعله  
أدنى حالة من الطفل الوليد .

وإن لكل عارض من عوارض الأهلية تأثيراً خاصاً تنشأ عنه  
أحكام استثنائية لتصرفات الأشخاص الذين يعترهم العارض ، تستثنى

---

= المعتبرة على درجتين : مميز ، وغير مميز ، وإن هذا الثاني كالمجنون في الأحكام ( ر :  
رسالة الأهلية ص / ٢٦ ) وعلى هذا جاءت المادة / ٢٧ من القانون المدني الجديد .

من الأحكام الشرعية العامة التي تسري على سواهم :  
 فبعض هذه العوارض يزيل أهلية الأداء بتأناً ؛ كالجنون وبعضها  
 ينتقص منها ، ويتركها قاصرة الحدود ، كمرض الموت .  
 والمبدأ العام في تأثير كل من هذين النوعين من عوارض الأهلية  
 هو أن العارض المزيل للأهلية يرد الشخص الى نظير طور الطفولة  
 السابق ، وأن العارض المنقصر يرد الشخص الى نظير طور التمييز ،  
 فتثبت له أحكام المميز .

٤٦٢ - - هذا تعريف وتقسيم وعرض إجمالي لعوارض الأهلية .  
 أما تفصيل آثار كل من هذه العوارض وأحكامه فانه يخرج عن  
 غرض بحثنا هنا وهو مبسوط في كتب أصول الفقه وفروعه؛ فتذكرها  
 كتب الأصول في بحث الأهلية وعوارضها من مباحث المحكوم عليه<sup>(١)</sup>؛  
 وهو الشخص المكلف المخاطب بالأحكام الشرعية . وتذكرها كتب  
 الفروع متفرقة بمناسبةاتها المختلفة في الأبواب الفقهية ؛ كما في كتاب  
 الطهارة ، والصلاة ، والطلاق ، والحجر ، وغيرها .  
 وقد تكفل أيضاً العلامة زين العابدين ابن نجيم ببيان كثير منها في  
 «فن الأحكام» من كتابه « الأشباه والنظائر » ، وهو الفن الثالث منه .

---

(١) - الشخص في اصطلاح أصول الفقه الاسلامي يوصف بأنه محكوم عليه  
 لأنه خاضع للأحكام الشرعية الإلزامية التي يلزمه بها الشارع الحاكم .

على أننا سنخصص من هذه العوارض عارضين بشيء من الايضاح  
فيما يلي ، وهما : مرض الموت من العوارض السماوية ، والمربوطة من  
العوارض المكتسبة :

## ٤٦٢/٢ — مرض الموت : تعريفه ونظريته .

تعريفه :

مرض الموت : هو المرض الذي يعجز الرجل عن ممارسة  
أعماله المعتادة خارج البيت ، ويعجز المرأة عن أعمالها المعتادة  
داخل البيت ، ويتصل به الموت دون أن يستمر سنة كاملة على  
حال واحدة من غير ازدياد .

فلا فرق بين أن يلزمه الفراش أو لا . ولا فرق أيضاً بين أن يموت  
الانسان من نفس المرض أو يموت بسبب آخر في خلال المرض .

فلو لم يتصل به الموت ، بل شفي منه ثم مات ، لا يكون المرض  
السابق مرض موت بل حكمه كحكم الصحة .

وكذا لو استمر سنة فأكثر على حال واحدة لا يتزايد ، فإنه عندئذ  
يعتبر حالة مزمنة حكمها كحكم الصحة . أما اذا كان يتزايد ولو تزايداً  
بطيئاً خفيفاً فإنه يعتبر مرض موت من أوله ولو دام سنين كثيرة .

وإذا استمر سنة فأكثر دون تزايد ، ثم تزايد ، واتصل به الموت  
اعتبر مرض موت من تاريخ اشتداده ( المجلة : ١٥٩٥ ) .

ويلحظ في الاصطلاح الشرعي أنه حينما أطلق الفقهاء لفظي «المريض» و«الصحيح» فإنما مرادهم بالمريض: من هو في مرض الموت، وبالصحيح: من ليس في مرض الموت، سواء أكان غير مريض أصلاً أو مريضاً بغير مرض الموت. فهم عند الإطلاق إنما يريدون المرض والصحة الشرعيين اللذين تختلف بينهما الأحكام، لا معناهما اللغوي.

وهذا من قبيل إطلاق الأعم على الأخص في «المريض» وإطلاق الأخص على الأعم في «الصحيح».

#### نظرية مرض الموت :

ان النظرية الشرعية في مرض الموت ترتكز على اعتبار ان هذا المرض انذار بمجأة الموت التي تنتهي بها الشخصية والأهلية، ويرتب الشرع عليها أحكاماً جديدة: منها الارث، وحلول الديون التي على الميت اذ ينتقل تعلقها من ذمة المدين الى أمواله لخراب ذمته بالموت، فتصبح تركته كالمرهونة شرعاً بالديون.

فرض الموت مقدمة إنذارية لنتيجتين حقوقيتين: سلبية وإيجابية سيكون حادث الموت المنذره سبباً لهما:

— فهو مقدمة لزوال شخصية المريض وانسلاخ أهليته وملكيته.

— وهو أيضاً مقدمة لثبوت الحقوق العينية في أموال المريض لمن



ستنتقل اليهم هذه الاموال بعد موته من داتين او ورثة . ففي مرض الموت بدء ذلك الزوال وهذا الثبوت معاً ، صيانة للحقوق التي اثبتها الشرع في التركة لهاتين الزمرتين ( الداتين ، والورثة ) .

وينشأ عن ذلك ان الديون تصبح متعلقة بمال المريض وذمته جميعاً ، بعد ان كانت متعلقة قبل المرض بذمته فقط ، وذلك لعجزه عن السعي والاكتساب ، فتضعف ذمته ، فيضم اليها ماله توثيقاً .  
والشرع قد أطلق للانسان ان يتصرف بثلك ماسيركه من مال ، تصرفاً مضافاً الى ما بعد موته بالوصية ونحوها فيما يشاء من وجوه الخير التي ينتفعي بها ثواب الآخرة .

وقد ألحق الشرع حالة المرض الاخير من هذه الناحية بالموت .  
فالتصرف فيها بالتبرع وما في حكمه ، ولو منجزاً ، يعتبر كالتصرف المضاف الى ما بعد الموت .

فن هنا يعتبر المريض بمرض الموت محجوراً بالنسبة الى الداتين حجراً عاماً مطلقاً غير مقيد بمحدود من ماله ؛ ومحجوراً بالنسبة الى الورثة حجراً محدوداً بثلثي ماله .

وعلى هذا ، فالمريض بمرض الموت إما أن يكون مدين أو غير مدين :

( أ ) — فإذا كان المريض مديناً بدين مستغرق ( أي محيط بكل ماله ) فإنه يكون مجبوراً عن كل تبرع أو وقف باتفاق الفقهاء . فإذا تبرع بأي صورة كانت ولو بطريق البيع بثمن بخس ( أي بمحابة في الثمن ) ، أو وقف شيئاً من أمواله ، كان تصرفه غير نافذ ، بل يتوقف على اجازة الغرماء الدائنين ؛ فإن رفضوه بطل ، وإن أجازوه نفذ . وإن كان دين المريض غير مستغرق فإن للورثة وللوصية عندئذ ما يزيد عن وفاء الدين . فينفذ تبرع المريض كما تنفذ وصيته في ثلث الباقي بعد وفاء الدين . فإن زاد تبرعه على ثلث الباقي توقف الزائد على اجازة الورثة .

( ب ) — وإذا كان المريض غير مدين فإن تبرعاته جميعاً ، من هبة أو وقف أو وصية أو غير ذلك بأي أسلوب كان تراعى فيها قاعدتان يجب تطبيقهما معاً :

الاولى) — أن تبرع المريض بمرض الموت مقيد بنفاذه بثلث ماله .  
ففيما يزيد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة .

الثانية) — أن تبرع المريض لأحد ورثته لا ينفذ ، بل هو موقوف على اجازة باقي الورثة مهما قل مبلغه ، سواء أكان يخرج من ثلث التركة أم لا . وذلك لقول الرسول عليه السلام بعد نزول آية الموارث :

« ألا إن الله قد فرض لكل ذي حق حقه ، إلا لا وصية لوارث »

وهذا الحكم من قبيل سد الذرائع الذي تقدم إيضاحه في بحث الاستصلاح (ف ٢٧/٢) ، كي لا يتخذ من طريق الوصية لأحد الورثة سبيل لتفضيله على غيره في الحصة الارثية ، فتزوع بذلك أحقاد دائمة بين أفراد الأسرة .

### ٤٦٢ / ٢ - المبرونية :

الديون التي تركب الشخص مهما كان مبلغها ، سواء أكانت مستغرفة لماله أم لا ، لم يكن لها في أصل النظر الفقهي لدى معظم فقهاء الشريعة تأثير في أهلية المدين للتصرف بأمواله .

وذلك لأن الديون إنما تتعلق بذمة المدين<sup>(١)</sup> لابعين ماله . فيبقى ماله حراً غير مثقل لأحد . فتبقى أهليته للتصرف فيه كاملة غير منقوصة ، فتتخذ تصرفات المدين في جميع أمواله . والانسان بفعاليته الاقتصادية قد ينمي ماتحت يده من مال بحسن الاستثمار والتصرف ، فيفي ديونه ويبنى ثروة ، وينقلب من إفلاس إلى ثراء .

وسياقي مزيد بسط وتعليل لهذا النظر الفقهي في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية تحت الكلام على نظرية « الزمة » .

( ر : فتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام في كتاب الوقف

---

(١) - تقدم بيان معنى « الذمة » فليُنظر ( ف / ٤١٠ ) .

٥/٢٤٤ ، والاسعاف باب ألقاظ الوقف وأهله ومحلّه ، ورد المختار  
٣/٣٩٥ .

لكن الناس ، على تمادي الزمن ، اتخذوا من هذا الحكم منفذاً  
للاحتيال ، وذريعة يلجأ اليها المدينون لتهريب أموالهم ، مستفيدين من  
هذا الحق في التصرف . فأصبح المدين بدافع الكيد للدائن يقف  
أمواله على جهات خيرية أو على ذريته ومن بعدهم على جهة خيرية ، أو  
يبب أمواله لمن يثق بهم من أقاربه أو أصدقائه ، أو يبيع أمواله بشمن  
بخس يحايي فيه المشتري . كل ذلك لكي يخرج أمواله عن ملكه الى من  
يثق بهم كي يمنع الدائن من تحصيل دينه .

فلما لحظ المتأخرون من الفقهاء ذلك اتجهوا الى سد هذه الذريعة ،  
فأفتوا بأن المدين بدين مستغرق ، ولو كان غير محجور عليه من قبل  
القاضي ، إذا تصرف تصرفاً يؤدي الى تهريب أمواله من وجه الدائنين ،  
كألو وهب ووقف أمواله كلها أو بعضها ، فإن تصرفه لا يكون نافذاً  
بل يتوقف على رضا الدائنين ، صيانة لحقوقهم فإن أجازوه نفذ ،  
وان رفضوه بطل .

ومعنى هذا أن المديونية أصبحت تنتقص من أهلية التصرف في  
المدين ، وتجعله محجوراً حجراً عفوياً كالصغير المميز . وبذلك أصبحت  
المديونية عارضاً من عوارض الأهلية .

بهذا أفتى المتأخرون من فقهاء المذهب الحنبلي استحساناً على خلاف القواعد القياسية التي كان عليها الحكم في أصل المذهب ( ر : القواعد لابن رجب تحت القاعدة ١١ ص ١٤ ) .

ثم تبعم في هذا الافتاء فقهاء المذهب الحنفي ، فأفتى المولى أبو السعود مفتي الروم بعدم نفاذ وقف الميراث إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله ، واستصدر بذلك أمراً سلطانياً وسجله في « معروضاته » وأقره فقهاء عصره ومن بعدهم <sup>(١)</sup> . ( ر : ف / ٧٠ و ١٩٤ / ٣ النوع الرابع )

---

( ١ ) - أبو السعود : هو محمد بن محمد العبادي من أهالي « اسكليب » وهي قرية من نواحي بلاد الروم . ولذا يلقب : مفتي الروم . انتهت إليه في حياته رئاسة المذهب الحنفي في عهد السلطان سليم وسليمان ، وكان المفتي العام للدولة العثمانية ، وقاضي الاسطنبولية ويروى .

عاش محترماً معظماً مدة حياته . وكان يجتهد في بعض المسائل وله آراء أنفرد بها ، وتبعه فيها فقهاء عصره فن بعدهم . وله شعر جيد ، وتفسير للقرآن مشهور . توفي سنة ٩٨٢ / ٥ ر : شذرات الذهب لابن العباد في وقائع سنة ٩٨٢ / ٨٨ ص ٣٩٨ ) .

ومعروضاته المذكورة تتضمن ما أفتى به من هذه الآراء الجديدة ، بما فيه تقييد لنص مطلق ، أو تعديل لحكم فقهي اجتاهدي بناء على اختلاف الزمان ومقتضيات المصلحة ، بما عرضه على السلطان فأصدر أمراً الى القضاة أن يعملوا به ، فنصار له قوة القانون ، كقضية عدم نفاذ وقف الميراث المذكورة ( ر : ف / ١٤٧ / آخر الحاشية / ٢ / والدر المختار ورد المختار كتاب الوقف ٣ / ٣٩٥ ) . ومعروضاته هذه مكتوبة باللغة التركية .

ونرى أن فتواهم هذه بعدم نفاذ وقف الميراث إلا في الجزء الزائد من أمواله عن وفاة الدين يدل على أن غير الوقف من التصرفات المضرة بحقوق الدائنين (كالهبة والبيع مع المحاباة في الثمن) حكمه كحكم الوقف في عدم النفاذ بطريق الأولوية . وإنما نص فقهاء الحنفية على الوقف لأنه هو الطريقة التي شاعت اذذاك في تهريب المديونين لأموالهم . فإذا شاع لجوء المديونين الى تصرفات تهريبية أخرى كالبيع والهبة ، كما في زماننا اليوم؛ شملها أيضاً حكم عدم النفاذ لأن العلة واحدة في الوقت وغيره . وهذا التعميم هو ظاهر نصوص المذهب الحنبلي والمالكي أيضاً<sup>(١)</sup> .

---

= وقد وضع العالم الألماني بولص هورستور Horster رسالة عن الفقه الاسلامي في القرن السادس عشر الميلادي وعن معروضات شيخ الاسلام - أبي السعود، ونشر هذه الرسالة باللغة الألمانية سنة / ١٩٣٥ / وقدمها لجامعة بون، وطبعت في مدينة « شوتكارد » ( ر : كتاب « تاريخ آداب اللغة العربية » للعلامة بروكلمن الألماني في الأصل ج ٢ ص / ٨٥٠ / وفي الذيل ج ٢ ص / ٦٥١ ) .

(١) - الفقه الأجنبي الحديث قد أقر أيضاً هذا المبدأ الذي قرره الفقه الاسلامي فان الفقه الأجنبي يعتبر تصرفات المدين المعسر في أمواله للاضرار بحقوق الدائنين غير نافذة عليهم فلكل من الدائنين حق اقامة الدعوى بطلب عدم سرانها بالنسبة اليه . وبذلك جاءت المادة / ١٦٧ / من القانون المدني الفرنسي ويسمون هذه الدعوى بالدعوى البولسية : Action paulienne نسبة الى الذي قال بها . ويسمى القانونيون العرب : دعوى عدم نفاذ التصرفات . =

## ٤٦٣ - فيه :

اعتاد المؤلفون في أصول الفقه أن يذكروا في جملة عوارض الأهلية حالات أخرى كثيرة غير التي ذكرناها هنا . فهم يضيفون على العوارض السبوية ، غير ما تقدم ، خمسة أخرى هي : الصغر ، والنسيان ، والموت ، وفي النساء خاصة : الحيض ، والنفاس . ويضيفون على العوارض المكتسبة أربعة أخرى هي : السهر ، والجهرل ، والنظا ، والرهزل .

والباحثون المعاصرون الذين كتبوا في الأهلية ، كالأستاذ العلامة الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله ، قد تابعوا هذا العرض التقليدي المأثور لنظرية الأهليات وعوارضها ، ونقلوا أحكام هذه الحالات الأخرى على أنها جميعاً من جملة عوارض الأهلية .

ولكننا نرى أن هذه الحالات التسع الأخرى لا يصح أن تعد من

---

= ويقال : ان أصلها لديهم يرجع الى التشريع الروماني ، ثم تطورت بعد ذلك الى أحكامها الجديدة في الفقه الاجنبي وقوانينه ( ر : كولان وكايتان : ج ٢ ف / ١٣٧ ) .

ولكن وجود هذه الدعوى في التشريع الروماني أصبح اليوم محل شك كبير لدى الباحثين المحققين ( ر : « نظرية العقد » للأستاذ الكبير عبد الرزاق السنهوري ف / ٧٢٩ / الحاشية ) .

عوارض الأهلية في شيء ، وإن كان لها تأثير منعي في بعض التكاليف الشرعية ، وأحكام استثنائية .

فلذا طويناها واقتصرنا على ما ذكرنا من الحالات ، لأنها هي وحدها التي يصح أن تسمى عوارض على أهلية الأشخاص<sup>(١)</sup> .

---

\* (١) بحسن أن نوضح هنا في الحاشية ملاحظاتنا على كل من هذه الحالات التي طويناها ، ليظهر للقارئ أنها ليس فيها معنى عوارض الأهلية ، فلا يصح أن تحشر معها :

(١) - فالصغر : هو الطور الطبيعي السابق من حياة كل إنسان ، فهو من الأحوال الأصلية في موضوع الأهلية وليس من العوارض . وقد اعترض بعض علماء الأصول هذا الاعتراض وأجيب عنه بما لا يقتنع ( ر : كشف الأبرار ج ٤ ص ٢٦٣ ) .

(٢) - والنسيان : حالة عادية تطرأ على الذاكرة ، وليس بأفة تعتري جسم الإنسان ولا عقله ولا وضعه الحظوقي . فهو لا ينافي الأهلية في كثير ولا قليل ولا ينقص منها ، ولكنه يعتبر معذرة شرعية تسقط المؤاخذة على أعمال بعض الواجبات الدينية أو الشرائط ، رحمة بالناس ورفعاً للمرج لما ورد في الحديث النبوي : « إن الله تعالى وضع عن أمي أعظم والنسيان وما استكرهوا عليه » ( : الجامع الصغير للسيوطي رقم ١٨٠٩ / وشرحه للناوي ) . وذلك كمن نسي الصلاة في وقتها فإنه لا يعتبر مهملًا لها ، وكمن نسي ذكر اسم الله على الذبيحة فإنها لا تحرم ، وكمن أكل في رمضان فاسياً فإنه لا يفطر .

(٣) - والحيف والنقص في النساء : مواعيد شرعية تمنع إيجاب بعض العبادات الدينية التي تشترط لها الطهارة ؛ أو تمنع ممارستها : فالخاض والنساء تترك الصلاة والصيام ، ثم تقضيان ما تركته من صيام رمضان دون الصلاة . وكذلك تجتنبان =



### ( تابع الحاشية )

يدخل المساجد وتلاوة القرآن؛ الى غير ذلك من احكام استثنائية اخرى .  
لكن اهلية الوجوب واهلية الاداء بفرعيها الديني والمدني - أي اهلية  
التعبد واهلية التصرف - كاملة فيها :

- أما اهلية الاداء : فلأن مناطها العقل والوعي ؛ ولذا ثبت للصغير المميز  
في حدود قاصرة كما تقدم . وهذا العقل والوعي في الحائض والنفساء متوافر  
كامل ؛ فلا تأثير الحيض والنفساء في اهليتها للاداء .  
- وأما اهلية الوجوب فكذلك متوافرة فيها بطريق الاولوية لأن  
مناطها الصفة الإنسانية دون توقف على عقل أو سن .

وعدم ايجاب الصلاة على الحائض والنفساء ، وتأخير الصيام عنها ، لا يدل  
على معنى نقص الاهلية ، بل معناه عدم توافر الشرائط الشرعية للتكليف ،  
او عدم انتفاء موانعه ، بدليل ان الصغير غير المميز لا تجب عليه الفرائض التعبدية  
ولا تصح منه بيئنا ان اهلية الوجوب فيه كاملة منذ الولادة بافتقار الفقهاء كما  
تقدم ، لأن من شرائط ايجاب التكليف الشرعي البلوغ والعقل .  
وقد قدمنا ان الاهلية اما تؤهل وتمتع الشخص ، ولكنها لا توجب ، لأن  
الإيجاب يتوقف على وجود سببه ، وتوافر شرائطه . وانتفاء موانعه  
( ر : ف / ٤٣٠ ) .

فعدم ايجاب الحكم الشرعي وعدم صحة الفعل لا يتعين ان يكونا ناشئين عن  
نقص في الاهلية ، بل قد يكونان ناشئين عن فقدان بعض الشرائط الأخرى أو  
عن وجود بعض الموانع الشرعية كما هنا . وفرق عظيم بين فقدان الاهلية أو  
نقصها ، وبين انتفاء الشريطة أو وجود المانع ؛ والا وجب أن تعتبر الجنابة أو  
النجاسة المانعة من صحة الصلاة عارضا من عوارض الاهلية قياسا على الحيض الذي  
يمنع صحة الصوم ولا يسقطه ، وهذا غير مقبول ولا معقول . =

## ( تابع الحاشية )

= والضابط في هذا التمييز ان ينظر الى طبيعة العارض : فاذا كان له تأثير في ملكات الشخص العقلية وقابلياته كالجنون والعتة والاعماء ، أو تأثير في سلطته الشرعية يقتضي حماية الحقوق من تصرفاته ، كالفقه ، ومرض الموت ، وكالافلاس في بعض الاجتهادات ؛ فعندئذ يكون من عوارض الاهلية ؛ وإلا فهو من الموانع او من قبيل فقدان بعض الشروط .

( قدمنا أول نظرية العقود بياناً كافياً للتعريف بالشروط والموانع والاسباب والتمييز بينها فليرجع اليه ف / ١٣٧-١٤٢ ) .

هـ - ( والسفر : اما اعتبر الشرع مافيه من مشقة سبباً للترخيص في بعض الواجبات الدينية . فبعض التكاليف جعله الشرع اختيارياً في حق المسافر ، كصلاة الجمعة والعيدن والأضحية . وبعضها سوغ للمسافر تأخيرها عن وقته المعين كصيام رمضان .

فليس في السفر كما ترى ، ما يخل بشيء من اهليه الشخص للوجوب أو للأداء من الناحية الدينية أو المدنية .

٦ - ( والجهل ايضاً : لا يخل بشيء من أهلية الشخص وقابلياته ، واما تنهض به للشخص في بعض المواطن معذرة شرعية مانعة من مؤاخذته على الإهمال ؛ كمن أسلم وهو بعيد عن دار الاسلام جاهلاً بالتكاليف التي يفرضها عليه الاسلام ، فان جهله في مثل هذه الحال يعتبر عذراً مانعاً من مؤاخذته على إهمال الواجبات الدينية ، وكجهل الوكيل بعزل موكله ، فان تصرفاته تبقى نافذة على الموكل حتى يبلغه خبر العزل . وفي هذه المسألة كما ترى كان العلم هو المسقط لسلطة الوكيل ؛ والجهل مبقياً عليها ؛ فليس في الجهل إخلال بالاهلية . واما هو معذرة .

٧ - ( واغفلت كذلك . فقد عرفوه بأنه : « وقوع الشيء على خلاف ارادة =

من وقع منه » . فليس فيه انتقاص من ملكات الشخص وقابلياته ؛ ولله بها اية حنة او علاقة ؛ وانما هو وصف للافعال الصادرة عن الشخص ينفي عنها القصد الذي يوجد عادة في حالة التعمد ، فيقتضي رفع المؤاخذه أو تخفيفها .

( ٨ ) - وأبعد الكل عن معنى عوارض الأهلية المزل !!

فالزول ضد الجد ، ومحله التصرفات القولية ، وهو تلاعب بالألفاظ دون قصد الى معانيها وأحكامها . ويتوَّب عليه عند الفقهاء بطلان العقود والتصرفات أو فسادها ، على خلاف تقدم في ذلك لانتفاء ارادة العاقد الحقيقية فيه ، لا لفقدان أهلية العاقد أو نقصانها ، بدليل أن الشارع اعتبر المزل كالجذ في بعض التصرفات استثناءً ، وهي النكاح والطلاق والاعتناق كما تقدم ( ر: ف/ ١٨٢ ) . فعقيدة الأمر في المزل انما هي انتفاء ركن التصرف القولي ، لأن ركنه تعبير جازم عن الارادة . فبالزول فيه تقتضي دلالة هذا التعبير على الارادة .

فلو صح ان يعتبر المزل من عوارض الأهلية لوجب أيضاً أن يعتبر انتفاء سائر شرائط الإيجاب والقبول في العقود من قبل عوارض الأهلية !!

( ٩ ) - أما الموت ففيه حقاً انه دام الاهليات جميعاً . فمن هذه الجهة قد يمكن اعتباره من عوارض الأهلية .

ولكن من جهة اخرى يرى ان الموت ليس عارضاً يرد على مقومات الأهلية مباشرة ، وانما يقع على حياة الشخص فيزيله من الوجود . اما انه دام الاهليات به فتبعض لزوال الشخص الذي هو محلها ، لأن الأهلية صفة للشخص ، ولا بقاء للوصف دون الموصوف . وان المعنى المتبادر من كلمة « عوارض الأهلية » انها عوارض تطرأ على مقوماتها وتؤثر فيها مع بقاء الشخص ، حيث يفقد الشخص بسبب هذا العارض ما كان ينبغي أن يتمتع به من الأهلية ، فيبقى شخصاً غير أهل . وهذا لا يأتى في حالة الموت لزوال الشخصية من حيث هي ، فلا يكون الموت عندئذ من عوارض الأهلية بهذا المعنى .

## الفصل الثالث

### الولاية

#### أو التباينة الشرعية

٤٦٤ — الانسان قبل استكمال أهلية الأداء كلها يسمى : قاصراً سواء أكان فاقداً هذه الأهلية كلها كالصغير غير المميز ، أم كان ناقصها كما في المرحلة التي بين بدء سن التمييز والرشد ، على ما سلف بيانه . والقاصر في جميع الأحوال محتاج الى ما يقيه حياته كحاجة الكبير الراشد نفسه . ولكنه لا يستطيع أن يتدارك بنفسه هذه الحاجات لعجزه بتاتاً في دور الطفولة ، ولضعفه جسماً وعقلاً في طور التمييز ، مما أوجب نقصان أهلية الاداء المدنية فيه . فكيف تضمن حاجاته وصلاحيته ؟

لذلك اتفقت الشرائع السماوية والوضعية على طريقة وحيدة يمكن أن تكفل بذلك ، سميت في الاصطلاح باسم : الولاية .  
وسنرسم بهذه المناسبة فيما يلي الخطوط الأساسية والمصور العام للولاية وأقسامها وأحكامها دون دخول في التفاصيل .

## ٤٦٥ — تعريف الولاية ، وشرح مقبها :

الولاية ( بفتح الواو وكسر ها ) في اللغة بمعنى النصرة ، وبمعنى السلطة وتولي الأمر .

ويراد منها عند الفقهاء : قيام شخص كبير راسر على شخص قاصر ، في تدبير شؤنه الشخصية والمالية .

فالولاية في جوهرها ضرب من النيابة التي هي بمعناها العام : قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه . فان النيابة تكون على شكلين : اختيارية ، واجبارية .

— فالاختيارية : هي الوكالة التي موضوعها تفويض التصرف الى الغير .  
— وأما الاجبارية فهي الولاية التي يفوض فيها الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر بالنيابة عنه الى شخص آخر . وذلك الولي النائب يعتبر هو الممثل الشرعي للقاصر ، فيقوم مقامه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة ، من عقود وأفعال ومخاصمات في الحقوق<sup>(١)</sup> .

---

(١) يخرج عن هذا التمثيل ما لا يقبل النيابة ، مثل حلف اليمين ، كما لو ادعى شخص حقاً في تركه ميت ، وعجز عن الاثبات ، فان له تخليف الورثة على عدم علمهم بالحق الذي يدعيه في تركه مورثهم . فلو كان الوارث صغيراً لم يصح تخليفه ، ولا يقوم بمثله الشرعي من ولي أو وصي مقامه في حلف اليمين ، بل يؤخر تخليفه والقضاء في الدعوى حتى يبلغ الرشد ، ويصبح أهلاً لليمين .  
ومثله ما لو ادعى بحق على الصغير مباشرة واحتجج الى تخليفه . =

## ٤٦٦ - مكم الولاية وأثرها :

وإذا كانت الولاية نيابة جبرية كان من مقتضاها أن تستلزم حكماً عاماً فيها هو : أن تصرفات الولي التي يقوم بها على حساب القاصر ولمصلحته نافذة على القاصر جبراً ، إذا كانت مستوفية شرائطها الشرعية . فليس للقاصر بعد كبره ورشده أن ينقض منها شيئاً<sup>(١)</sup> .

## ٤٦٧ - الولاية على النفس ؛ و لولاية على المال .

والولاية تتضمن سلطة ذات فرعين :

— أحدهما : سلطة على شؤون القاصر المتعلقة بشخصه ونفسه ، كالتزويج والتعليم والتعليب والتشغيل .

---

(=) : المجلة / ١٧٤٥ / وشروحها للاتامي والبالز وعلي حيدر . وانظر ايضاً « معين الحكام » آخر القسم الخامس في اليمين ومن توجه عليه ص / ٧٧ ) .  
هذا ، ولمعرفة مايقبل النيابة ومالا يقبلها من الافعال ينظر كتاب الموافقات للشاطبي ٢/٢٢٧ - ٢٤٠ / ، والدر المختار اول « باب الحج عن الغير » من كتاب الحج ٢/٢٣٧ .

(١) ومن ثم يعرفون الولاية بانها « تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى »  
( ر : تعريفات السيد الجرجاني ، والدر المختار اول باب الولي في النكاح ، ورسالة الأهلية للشيخ احمد ابراهيم ص / ٧٧ ) .  
وهذا تعريف غير سديد ، لانه يعرف الولاية ببيان حكمها لا بشرح حقيقتها فلذا عرفناها في الفقرة / ٤٦٥ / تعريفاً آخر .

—والآخر: سلطة على شؤونه المالية ، من عقود ونصرفات وحفظ وانفاق .

ومن ثم تقسم الولاية الى نوعين: ولاية على النفس ، وولاية على المال .

## ٤٦٨ — من هو الولي ؟

يتضح مما تقدم أن الولاية ذات ارتباط وثيق بنظام الأسرة ومصلحتها ، وأن عمادها مرضى الولي وقدرته على رعاية القاصروصيانة حقوقه . فيجب أن يكون الولي من يتوافر فيه هذا الحرص والقدرة في العادة .

ولذا كان الأصل في الولاية شرعاً أن يتولاها من الأسرة أقرب الناس نسباً الى القاصر ، كأب الصغير وابن المجنون .

وإذا كان الأب رب أسرته ، وهو أحرص الناس عادة على أولاده ومستقبلهم ، يليه الجد أبو الأب في هذه العاطفة ، أقر الشرع للأب ومن بعده للجد العصي<sup>(١)</sup> ( أي الأب ) ولاية تامة تشمل السلطتين

---

(١) - للتمييز بين الجدین جرى الاصطلاح في علم الموارث ( الفرائض ) على تسمية ابي الأب بالجد الصحيح ، وتسمية أبي الأم بالجد الفاسد ولا يخفى ان التعبير بالصحيح والفاسد في هذا المقام تعبير غير موفق . لذلك استحسننا هنا تسمية ابي الأب جدهاً عصياً ، لانه من العصباء في اصطلاح علم الفرائض ؛ وتسمية أبي الأم جدهاً وحياً ، لانه معدود من ذوي الارحام . ثم أدخلنا هذا الاصطلاح في قانون الاحوال الشخصية الجديد .

## الشخصية والمالية .

وعند عدم الأب والجد تفصل ولاية النفس عن ولاية المال :

(أ) — فأما الولاية على النفس فيتولاها الأقرب فالأقرب من أقارب القاصر العصباء بأنفسهم<sup>(١)</sup> على ترتيب الإرث والحجب : فمن كان منهم مقدماً على غيره في الإرث فهو مقدم عليه في الولاية .

— فإبن المجنون والمجنونة مثلاً ، ثم ابن ابنتها مهما نزل ، هو في الولاية على أنفسهما مقدم على أصولهما من أب فمن فوقه مهما علوا .

— وأبو الصغير أو المجنون مقدم على فروع الأب وهم الأخوة . وهؤلاء الأخوة مقدمون على فروع الجد وهم الأعمام .

— وعند تعدد العصباء من درجة واحدة كالإخوة ، يقدم من كان شقيقاً على من كان لأب فقط .

فإن لم يوجد أحد من العصباء تنتقل ولاية النفس الى الأم ، ثم الى غيرها من الأقارب وذوي الأرحام ، بترتيب خاص مفصل في « باب الولي » من كتاب النكاح .

( ر : الأحوال الشخصية لقدري باشا م / ٣٥ - ٣٦ ، والدر المختار ٢ / ٢٩٥ ) .

---

(١) - العصباء من الأقارب في نظام الارث الاسلامي ثلاثة اصناف : عصبه بنفسه ، وعصبه بغيره ، وعصبه مع غيره ، كما هو معروف في علم الفرائض . والعصبه بنفسه هو : كل قريب ذكر من ابناء الذكور : أي ليس في سلسله نسبه انثي .



(ب) — وأما الولاية على مال القاصر من بعد موت أبيه فقد فوضها الشرع مبدئياً الى من يختاره قبل موته ليقوم على أموال أولاده القاصرين وصيانة حقوقهم ، سواء أكان ذلك الشخص الذي يختاره الأب هو من أسرته أو غيرها ، وسواء أكان رجلاً أو امرأة . وعندئذ تأخذ ولاية هذا الشخص المختار اسماً خاصاً هو الوصاية والشخص نفسه يسمى : وصياً<sup>(١)</sup> .

فاذا لم يعهد الأب بالوصاية على أولاده القاصرين قبل مماته الى أحد ، انتقلت الولاية على أموالهم الى جدهم العصي (أي أبيهم) ، إضافة الى ولايته على النفس<sup>(٢)</sup> .

ووصي الجد بعد موته يقوم مقام وصي الأب .  
والوصي الذي يختاره الأب أو الجد قبل موته يسمى : الوصي المختار أما الذي ينصبه القاضي فيسمى : وصي القاضي .

ويجوز أن يقام على القاصر وصيان معاً ، وعندئذ ليس لأحدهما أن يتفرد بالتصرف ، بل يجب أن يجتمع رأيهما فيه ، إلا فيما لا يحتاج إلى الرأي كطلب الدين ، ورد الوديعة ، وشراء الضروريات ( ر : رد

(١) — ولا يأخذ اللفظ في الاتى علامة تأنيث ، بل يقال : امرأة وصي .

(٢) — ينشع من ذلك أن وصي الأب مقدم على الجد نفسه في الولاية المالية على القاصر ، لان وصي الأب كاستداد لسلطة الأب واراده .

المختار ٤٤٩/٥ - ٤٥٠ )

## ٤٦٩ - مبدأ الوصية :

الولاية الشرعية على الأشخاص إنما تبدأ منذ ولادتهم . فلا ولاية لأحد على الجنين قبل أن يولد . هذا ما عليه جمهور الفقهاء المجتهدين . وقد تقدم أن والد الحمل إذا اشترى له شيئاً لا يدخل في ملكية الحمل ولو ولد حياً . ومثل ذلك ما لو وهبه شيئاً فإن الهبة لا تصح ولا يملك الجنين المال الموهوب ، وإنما تثبت للجنين الحقوق الأربعة التي تقدم بيانها فقط للضرورة ( ر : ف/٤٠٦ - ٤١٧ ) .

وفي فقه الشيعة الزيدية ما يفيد ثبوت الولاية على الجنين في النفس وفي المال . فقد نصوا في كتبهم ، كشرح « الأزهار » وغيره ، على جواز تزويج الجنين !!

على أن إثبات ولاية مالية فقط على مال الجنين له وجه شرعي ، لأن المال الذي يكون محجوزاً للجنين يحتاج إلى حفظ وإدارة . ومن ثم شرعت الحكومة المصرية في قانون المجالس الحسبية ( وهي تقابل مجالس الأيتام المؤلفة برئاسة قضاة الشرع لدينا ) جواز تعيين وصي للحمل المستكن . وقد علقت وزارة العدل المصرية ذلك في منشورها الصادر في ٢١ من كانون الأول سنة ١٩١١ م « بأن عدم تعيين وصي للحمل فيه ضرر بمصلحته ، لما يترتب عليه من ترك أمواله بلا حصر

وتأجير<sup>(١)</sup> وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة». وفي هذا، كما يقول الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك، احتياط حسن تتقبله المبادئ الفقهية (ر: رسالة الأهلية ص/٧-٨)<sup>(٢)</sup>.

#### ٤٧٠ - قوة الورود وضعفها :

النظر في الأحكام الفقهية المتعلقة بأنواع الولاية وسلطاتها يفيد أن الأولياء الذين تنحصر ولايتهم الأصلية في النفس فقط لهم سلطة ضعيفة على مال القاصر أيضاً بطريق التبعية نظراً للحاجة.

وكذلك أولياء المال فقط لهم أيضاً سلطة ضعيفة على نفس القاصر. أما أولياء النفس والمال معاً فسلطتهم قوية في الناحيتين النفسية والمالية.

وعلى هذا تقسم الولاية على القاصرين بحسب قوتها وضعفها في الفقه الاسلامي الى أربعة أنواع: قوية في النفس والمال، وضعيفة فيهما، وقوية في أحدهما ضعيفة في الآخر.

(١) - فالولاية القوية على النفس: تخول صاحبها سلطة التزويج

---

(١) - هذا اللفظ خطأ شائع اليوم، والصواب ان يقال: «إيجار» إذ ليس في العربية «أجر» (بتشديد الجيم)، وإنما هو أجر أجراً «ثلاثي مجرد» وأجر إيجاراً (زيادة الهزة، وزان أفعل) فهو مؤجر كما في الصباح والقاموس.  
(٢) - أخذنا أخيراً بهذا الحكم في قانون الأحوال الشخصية السوري الجديد فقد أجازت المادة ١٧٧/ منه للقاضي إقامة وصي على أموال الجنين.

الاجباري ، والتأديب ، والختان ، والتطبيب بالكي والعملية الجراحية<sup>(١)</sup> . فن لم يكن له ولاية قوية على نفس القاصر ليس له حق في أن يكلف طبيباً بإجراء عملية جراحية له ، أو بأن يخته . وإذا فعل فصل منها ضرر للقاصر أو وفاة كان ضامناً للضرر أو الدية .

( ر : آخر كتاب القبط في رد المختار ٣/٣١٧ ) .

وقال ابن نجيم في الأشباه والنظائر : « ولو برأوى الصبي أو بادره وليه »

( الأشباه ، الفن الثاني ، أحكام الصبيان ٢/١٤٤ ) .

والظاهر أن هذا في الحالات العادية دون الحالات الاستثنائية التي تتطلب اسعافاً سريعاً كما لو صدم الطفل أو دُعس ، وكان تأخير علاجه وانتظار وليه يخشى منه على حياته ، ولا سيما في حوادث السيارات اليوم . فإن التدارك هنا يعتبر مأذوناً به شرعاً وعرفاً ، وإن للظروف الاستثنائية أحكاماً استثنائية بحسب قواعد الشريعة .

( ٢ ) — والولاية الضعيفة على النفس : لا تخول صاحبها شيئاً من

(١) — يعبر الفقهاء في هذا المقام بقولهم : « ولاية بطّ القرحة » أي شقّ الدمل ونحوه ، ويريدون ولاية إجراء العملية الجراحية مطلقاً ( ر : الدر المختار في مسائل شتى ، آخر الكتاب ٥/٤٧٩ ) ولذا اختلفوا التعبير بالعملية الجراحية لأنه التعبير العرفي اليوم في اصطلاح الأطباء وفي لغة العصر .

ذلك ؛ بل مجرد رعاية القاصر وإيوائه وتأديبه وتعليمه وإيجاره أو دفعه في حرفة تليق بأمثاله ينتفع منها ، ونحو ذلك .

( ٣ ) — والولاية القوية في المال : هي التي تخول في الأصل<sup>(١)</sup> حق الاتجار بمال القاصر لحسابه ربحاً وخسارة ، وحق الاذن له بالتجارة .

( ٤ ) — والولاية الضعيفة في المال : لا تخول حق الاتجار ، بل مجرد حفظ مال القاصر وقبض الهبة أو الصدقة له ، والانفاق الضروري عليه ، وشراء مالا بد منه ، وبيع الأموال المنقولة لحفظها .

أما بيع عقار القاصر فلا يملكه أحد من هؤلاء النواب الشرعيين ولو كان القاصر محتاجاً الى بيعه للثقة أو لوفاء الدين ، وإنما يعود للقاضي الاذن ببيع العقار في حالات الضرورة .

#### ٤٧١ — توزيع هذه الأنواع من الولاية على الأدولاب :

وهذه الأنواع الأربعة من الولاية توزع بترتيب خاص كما يلي :  
( أ ) — فالولاية القوية في النفس وفي المال معاً : هي ولاية الأب ثم الجد أبي الأب وإن علا .

( ب ) — وأما القوية في النفس الضعيفة في المال : فهي ولاية غير الأب والجد من العصبات ، ثم من سائر الأقارب ، بحسب الترتيب

---

( ١ ) — أي في أصل النظر الفقهي ، لا في ظل التقنينات المحلية النافذة اليوم كما سنبينه قريباً في حاشية الفقرة التالية .

الذي أشرنا إليه آنفاً (ف/٤٦٨) ؛ كالابن والأخ وأبنائهما .

(ج) — وأما القوية في المال الضعيفة في النفس : فهي ولاية الأوصياء .

(د) — وأما الضعيفة في النفس وفي المال جميعاً ؛ فهي ولاية من يكون القاصر في حجره وعياله ، من الأجانب عنه ، أو من الأقارب الذين لم يصل اليهم دور الولاية على نفسه . حتى إن الذي يلتقط طفلاً لقطاً غير معروف الأهل ، ويعنى بتربيته في حجره وعياله ، ثبت له هذه الولاية الضعيفة على نفسه وماله بالحدود التي ينهاها في الفقرة السابقة . وكذلك ولاية زوج الأم على ربيبه القاصر الذي يضمه الى عياله .

يتضح من ذلك أنه لا يملك الاذن للقاصر المميز بالتجارة الا الولي القوي الولاية في المال وهو الأب ، ثم الجد والأوصياء . أما ولي النفس الضعيف الولاية في المال فلا يملك هذا الاذن ، لأن من لا يملك حق التجارة لا يملك الاذن بها . ( ر : رد المحتار ٦١١/٥ )<sup>(١)</sup> .

---

(١) — يلحظ في هذا المقام ان نظام ادارة أموال الايتام العثافي وبمعه قانون الأحوال الشخصية الجديد لدينا في المادة /١٨٢/ منه قد حدا كثيراً من سلطة الأوصياء ، ومنعاهم من التجارة للقاصر بأمواله لسكثرة الحياقات في الوصاية .

ويلحظ أيضاً أن قانون الأحوال الشخصية الجديد لدينا ( في المادتين ١٦٤ - ١٦٥ منه ) قد جعل حق الاذن للقاصر بالتجارة محصوراً للقاضي الشرعي ، كما جعل للقاضي حق تسليم الصغار المميزين بعد اتمامهم الخامسة عشرة من العمر ، والسفهاء المحجورين ، جانباً من أموالهم لادارتها على سبيل التمرين والتجربة .

## ٤٧٢ - السلطان أو القاضي ولي من لا ولي له :

وجدير بالتنبيه أن جميع صلاحيات النيابة الشرعية للأولياء والأوصياء تنتقل الى السلطان عند عدمهم بمقتضى ولايته العامة ، يمارسها بنفسه أو بواسطة من يأذن له لمصلحة القاصر حتى ينصب لها وصي يمارسها .  
وينوب القاضي عن السلطان في ذلك .

والمبدأ الفقهي العام في هذا المقام هو أن السلطان ولي من لا ولي له وهو نص مروي في الحديث النبوي ( ر : آخر كتاب اللقيط في رد المحتار ) .

لكن يجب أن يلحظ هنا أنه ليس للقاضي ممارسة هذه الصلاحيات من بيع وشراء وإيجار واستئجار وجباية وغير ذلك لمصلحة القاصر مع وجود النائب الشرعي المختص بها من ولي أو وصي ، لأن ولاية هذا النائب مخصوصة بهذه الشؤون ، فهي فيها مقدمة على ولاية القاضي العامة عليها ، لأن من القواعد الفقهية المقررة : الولاية الخاصة أقوى في موضوعها من الولاية العامة ( المجلة ٥٩ ) .

وهذا ما تقتضي به الأصول المقررة في علم الإدارة والقوانين الإدارية الحديثة اليوم ، وفقاً لقاعدة توزيع الصلاحيات والمسؤوليات ومبدأ التدرج . فليس للموظف الرئيس أن يقوم هو بالعمل أو التوقيع العائد لمروؤسه ، ولكن إذا تمرد هذا الموظف المروؤس عن عمله

دون مبرر يعزل وينصب غيره ليقوم بالعمل العائد اليه .

٤٧٣ - هذا ، وان هناك ولاية مالية محضة ليست ناشئة عن نقص أهلية ، ولا علاقة لها بالنفس أصلاً ، كولاية المتولي على الوقف والولاية الضعيفة لوصي الميت على حصة الراشد الغائب من ورثته . وهذا النوع لاصلة له يبحثنا هنا لعدم علاقته بالاهلية وقصورها (١) .

٤٧٤ - نفيه :

يجد القارىء في نظرية الاهلية بالصورة التي حررتها بحثاً وتحقيقاً جديداً يختلف في بعض الامور عن المأثور في المباحث التقليدية للأهلية في مصادرها الاصلية من كتب الاصول ، وفيما نقله المؤلفون المعاصرون عنها .

وقد دعانا الى ذلك أننا وجدنا بعض عقد مشكلة في مسائل الاهلية لا يحلها الا فهم جديد في تقسيمها وترتيبها وتوزيع أحكامها .  
فن التحقيقات الجديدة التي يراها القارىء منا :

---

(١) - هذا التسميم المرتب في الولاية من حيث الضعف والقوة هو الذي حققه بالاستناد المفروض الأحكام الفقعية والدي الشيوخ أحمد الزرقاء رحمه الله تعالى في شرحه الواسع الشافي للقواعد الكلية في الجهة تحت القاعدة القائلة : « الولاية انحصار أقوى من الولاية العامة » وهي المادة ٩٠/ من الجهة . وهذا الشرح هو من مخطوطاته عندي .



(أ) — إتنا جعلنا مراحل الأهلية بحسب أطوار نشأة الإنسان خمسا  
بيننا ان علماء أصول الفقه ، والمؤلفين المعاصرين الذين نقلوا عنهم نقلًا  
تقليدياً ، يقسمونها الى أربع مراحل ، إذ يدجون البلوغ والرشد  
فيجعلون منها مرحلة رابعة أخيرة تكمل فيها أهلية الأداء .

لكننا رأينا من النظر والتحقيق في الأحكام الشرعية ان البلوغ  
محطة تشترط للتكليف الشرعي ، وان الرشد محطة لكمال أهلية التصرف  
التي تعتمد خبرة عملية مالية فوق إدراك الخير والشر الكافي للتكليف  
ولحل المسؤولية العقابية .

فيجب أن يعتبر بين سن التمييز الذي تبدأ فيه أهلية الأداء ، وبين  
الرشد الذي تتكامل فيه ، مرحلتان لا واحدة فقط ، كما تقدم .

(ب) — إتنا شطرنا أهلية الأداء الى شطرين : دني ، وديني ،  
(أو أهلية التعبد ، وأهلية التصرف) . وقد بينا أن الأولى منها تبدأ  
كاملة في بداية سن التمييز ، وأما الثانية فتبدأ قاصرة في سن التمييز ، ثم  
تكمل بالرشد ، لا بمجرد البلوغ العاقل الكافي للتكليف الشرعي .

وهذا التقسيم لأهلية الأداء ، والتفريق بين شطريها الديني والمدني  
في مراحل التكامل ، لا يصرح به الفقهاء والأصوليون في تقسيم الأهلية  
بل يطلقون القول بأن الصغير المميز يتمتع بأهلية أداء قاصرة حتى يبلغ  
ولكننا استنبطنا هذا التقسيم والتفريق من الأحكام التي يقررونها

الصغير المميز ، فانها تدل عليه :

١ — فمن المقرر فقهاً أن قصور أهلية الأداء في الشخص يجعل تصرفه المتردد بين النفع والضرر غير نافذ ، بل خاضعاً لإجازة وليه أو وصيه وأن كمال هذه الأهلية يحمره من هذا الخضوع ، ويجعل أعماله نافذة منتجة لآثارها بمحض إرادته هو .

٢ — وقد رأينا بالتبع والاستقراء أن الذي يخضع للإجازة من أعمال الصغير المميز إنما هو تصرفاته المالية ، فهي التي يكون منها باطل ومنها قابل للإبطال بسبب قصور الأهلية .

أما عبادات الصغير المميز فهي صحيحة نافذة دون توقف على إجازة وليه . حتى انه لو منعه وليه من الصلاة فصلى صلاة مستوفية لشرائطها الشرعية كانت صحيحة رغم منعه .

٣ — وقد قال النبي عليه السلام : « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع » كما تقدم .

فمن ثم رأينا أن قول الفقهاء والأصوليين بقصور أهلية الأداء في الصغير المميز يراد به أهليته للتصرفات المدنية . أما أهليته للعبادات البدنية فتبدأ كاملة منذ التمييز وإن كان غير مكلف شرعاً بهذه العبادات لضعفه ، وفقاً من الشرع به .

وعلى هذا قسمنا أهلية الاداء ذلك التقسيم الى دينية ومدنية بالمعنى

المتقدم اليان .

وبذلك يندفع اشكال مهم في موضوع الأهلية ، وهو أن الفقهاء يجعلون البلوغ مبدأ للتكليف وحمل الواجبات والمسؤوليات ، بما يوم كال الأهليات . وقد يصرحون بهذا الكمال في البلوغ ، بينما يصرحون في مواطن أخرى بأن مال القاصر لا يسلم إليه ولا يطلق له التصرف فيه بمجرد البلوغ بل بظهور الرشد ، مع البلوغ أو بعده .

فهذا التمييز الذي ميزنا فيه بين أهلية الاداء المدنية والدينية يندفع الاشكال ، إذ يتضح :

١- أن كال أهلية الاداء المدنية مناطه الرشد المالي لا مجرد البلوغ .  
٢- وان أهلية الاداء الدينية تبدأ كاملة منذ التمييز وتستمر .  
فتصح بها العبادات وان كان الشخص غير مكلف بها ، لأن الاهلية إنما تؤهل ولا توجب كما تقدم . فن خطاب التكليف الشرعي بالواجبات يتوقف على أمور غير الاهلية في طليعتها البلوغ .

ج ) - إننا أخرجنا من عوارض الاهلية طائفة كبيرة اعتد عدها منها تقليداً ، وهي لا تمت بصلة أصلاً الى معنى العوارض ، وقد دعنا رأينا هذا بالحجج المفصلة في الحاشية .

وبهذا النظر الجديد في نظرية الاهلية قد ركزت فروعها في مواقعها من الجذع ، وانضبط فيما تفريع الاحكام ، وزال كل غموض واشتباه كان يراه الباحث في آفاق الاهلية ومراحلها .

# الباب الخامس

## نظرية العرف

٤٧٥ — قدمنا في بحث مصادر الفقه الإسلامي كلمة مختصرة تعريفية عن العرف باعتبار أنه مصدر تبعي من مصادر الاحكام ، وأحلنا بالتفصيلات على نظرية العرف التي محلها هنا آخر النظريات الفقهية الاساسية .

والآن نعالج فيما يلي هذه النظرية الكبرى الهامة التي تشغل في الفقه الإسلامي حيزاً عظيماً ، ويقوم على أساسها أحكام متشعبة من شتى الابواب والاصول الفقهية ، لا يحصى عددها ، ولا ينقضي تجددها لأن الاحكام التي تخضعها الشريعة الإسلامية للعرف تتبدل بتبدله ، فهي في تجدد مستمر . وهذا من أعظم عوامل القابلية للخلود في مباني الشريعة وفقهها . والكلام في نظرية العرف الفقهية ينقسم إلى أربعة فصول :

الفصل الاول - لمحة عامة ، وتعريف ، وتقسيم .

الفصل الثاني - سلطان العرف في بناء الاحكام : وشرائط اعتباره

الفصل الثالث - حكم مخالفة العرف للأدلة الشرعية .

الفصل الرابع - مقارنة العرف بالقرائن العرفية وقضايا اختلاف الزمان .

ومن هذه الفصول تتفرع فروع عديدة .

# الفصل الأول

لمحة عامة ، وتعريف ، وتقسيم

## الفرع الأول

منشأ العادة والعرف ، وتعريفها ، والنسبة بينها

(أ) — منشأ العادة والعرف

٤٧٦ — كل عمل اختياري لا بد له من باعث . وهذا الباعث إما خارجي ، كظهور منفعة من شيء أو عمل ؛ وإما داخلي نفسي كحب الانتقام الدافع إلى الأخذ بالثأر ، وكالحياء الشديد الباعث على السكوت أو التجنب في بعض المواطن من بعض الأشخاص .

فإذا ارتاح الانسان للفعل الذي مال إليه بذلك الباعث ، وكرره أصبح بالتكرار عادة له .

فإذا حاكاه غيره فيه بدافع حب التقليد ، وتكررت هذه المحاكاة وانتشرت بين معظم الأفراد يتكون عندئذ بها العرف ، الذي هو في الحقيقة عادة الجماعة .

٤٧٧ — وكما يجري ذلك في الأفعال يجري في الأقوال أيضاً .

( أ ) — فالإنسان مضطر إلى التفاهم مع من يعيش بينهم وإن التفاهم بالاشارات ونحوها عسير وبطيء . ولذا لجأ البشر إلى طريق التعبير بالألفاظ التي هي أصوات يتداولون التعبير بها حتى تصبح لغة عامة بينهم .

( ب ) — ثم بتوسع الصناعات والعلوم المدنية يصبح التعبير باللغة العامة الأصلية في هذه الصناعات والعلوم عسيراً وطويلاً ومورثاً للاشتباه . لذلك يلجأ أهل الحرف أو العلوم أو الأديان إلى استعمال ألفاظ خاصة يصطلحون عليها ، بطريق الوضع المبتدأ أو بطريق التداول المتكرر للدلالة على معان وأشياء تفهم بسهولة من هذه الألفاظ الاصطلاحية التي لا يقوم مقامها في الدلالة إلا شرح طويل .

وكثيراً ما يكون أصل الألفاظ العرفية مجازات لغوية لا يفهم منها المراد إلا بقرينة . ثم يتكرر استعمالها فتصير مجازات مشهورة ، ثم يزداد شيوع الاستعمال حتى يفهم منها المراد من غير قرينة ، وتهجر معانيها الأصلية حتى لا تفهم منها إلا بقرينة . وعندئذ ينعكس الأمر : فما كان مجازاً لغوياً يصبح حقيقة عرفية ، وما كان حقيقة لغوية يصبح مجازاً عرفياً<sup>(١)</sup> .

---

(١) — من ذلك مثلاً قولنا : شرب فلان من النهر ، فإن المعنى الحقيقي الأصلي لهذا التعبير أن يضع فيه في النهر ويعب منه ، والمعنى المجازي له أن يأخذ

٤٧٨ — والعادات التي تشيع في البلاد أو بين أصناف مخصوصة من الناس لا تنشأ عن دواعٍ واحدة وبطريقة واحدة .

لكن معظم العادات انما تنشأ عن الحاجة، اذ يعرض للناس ظرف خاص يدعوهم الى عمل خاص ، فيتكرر العمل ويشيع حتى يصبح عرفاً دارجاً ، كما في نشأة بيع الوفاء ( ر : ف / ٧٤ ) ووقف أنواع من الأموال المنقولة كأدوات الجنازة والكتب .

وهذه الحاجات تختلف بحسب البيئات الطبيعية ومرافقها، وبحسب البيئات الاجتماعية وأنظمتها وميزاتها ، من المعتقدات ، والشعائر الدينية ، والاخلاق ، ونظام الحكم ، ومعاهد العلم ، والصنائع ، والفنون وحرية الفكر الخ ...

وقد تنشأ العادات والأعراف بأمر صاحب السلطان الحاكم ، أو برغبته وتوجيهه ، كعادة الاحتفال بذكرى المولد النبوي التي أنشأها الحكم الشيوعي الفاطمي ، ثم عمت واقتبستها سائر البلدان الاسلامية<sup>(١)</sup> .

---

= من ماء النهر يئانه فيشرب . وقد شاع هذا المجاز حتى أصبح هو المفهوم عند اطلاق التعبير والخلو عن القرائن .

وكذلك قولهم : أكل من الشجرة ، فان معناه الحقيقي الأكل من جسم الشجرة ، والمجازي الأكل من ثمرها . وقد أصبح هذا المجاز هو المفهوم دون الحقيقة القوية : أي أن المجاز القوي صار حقيقة عرفية .

(١) — ومن عادات المعاملات الناشئة لدينا في البلاد السورية عن أمر =

وقد تكون العادات والأعراف وراثية محضة عن الأسلاف دون أن تدعو إليها حاجة حقيقية، كما في كثير من عوائد الجاهليين المتصلة بعقائدهم قبل سياحة الاسلام في بلاد العرب .

٤٧٩ — وللعادات والأعراف سلطان على النفوس ، وتحكم في العقول . فتى رسخت العادة اعتبرت من ضرورات الحياة ، لأن العمل - كما يقول علماء النفس - بكثرة تكراره تألفه الأعصاب والأعضاء ، ولا سيما إذا اقتضته الحاجة ، ومن ثم يقولون : « ان العادة طبيعة ثانية » . ويقول فقهاؤنا : « إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيماً » . ( ر : رسالة « نشر العرف » لابن عابدين في مجموعة رسائله ج ٢ ص ١١٥ و ١٢٠ ) .

ولذلك يقاسي الأنبياء والمصلحون كثيراً من المصاعب والأهوال ، فيأخذون الناس بالعنف تارة ، وبالتدريج تارة أخرى ، لتحويلهم عن عن مفاسد عاداتهم وأعرافهم .

وفي هذا المعنى تقول عائشة أم المؤمنين ( رض ) واصفة سياسة

---

=الحكام ، تعامل الناس اليوم على ايجار العقارات بالسنة الشمسية الميلادية ، منذ أن صدر في عهد الانتداب الفرنسي القانون الذي يوجب اعتبار سنة الایجار للمستأجر /٣٦٥/ يوماً على كل حال، وقد كان عرف الناس قبل ذلك على الایجار بالسنة القمرية الهجرية .



## التشريع الاسلامي :

« انما نزل أول ما نزل من القرآن سورة فيها ذكر الجنة والنار . حتى اذا تاب الناس الى الاسلام نزل الجلال والحرام . ولو نزل أول شيء : « لا تشربوا الخمر ولا الزنى أبداً » .

رواه البخاري ( ر : تاريخ التشريع الاسلامي للاستاذة السائس والسبكي والبربري ص / ٣٩ ) (١) .

٤٨٠ — يتضح من ذلك ان العادات والأعراف منها الحسن ومنها القبيح ، إذ ليس كل ما يعتاده الناس ويتعارفونه ناشئاً عن حاجة صادقة ومصلحة حكيمة يكون الأمر المعتاد وسيلة ميسرة لها . فقد يعتاد الناس عادات تقوم على جهالات وضلالات موروثية يشقى بها المجتمع وليس فيها متفع ، كاسترقاق المدين المعسر عند الرومان وفي جاهلية العرب ، وكوأد البنات والغزو الداخلي والسائبة (٢) في

---

(١) — انظر أيضاً رسالة « العرف والعادة في رأي الفقهاء » للاستاذ احمد فهمي أبي سنة ، المدرس في كلية الشريعة من الأزهر : ص / ١٣ - ١٧ / وهي رسالة قيمة قال بها مؤلفها الفاضل درجة استاذ في الشريعة . وقد صدرت حديثاً الآن خلال هذه الطبعة الثالثة من كتابنا هذا ، فليخصنا عنها معظم هذا البحث في منشأ العادات والأعراف .

(٢) — تقدم معنى السائبة عند العرب في بحث خصائص الملكية فليُنظر ( ف / ١٣٣ ) .

الجاهلية ، وكدفن الزوجة حية مع زوجها إذا مات عند الهنود الوثنيين ،  
وكدفن نفائس الأموال مع أصحابها الموتى عند قدماء المصريين ،  
وكأخذ أولياء البنات مهورهن عند تزويجهن في عادة البدو من العربان  
في بلادنا السورية وغيرها الى اليوم .

فكل هذا وأمثاله عادات وأعراف قبيحة يجب أن تكافح بالتعليم  
والتشريع .

#### ب) — تعريف العادة

٤٨١ — العادة في اللغة مأخوذة من العود أو المعاودة ، بمعنى  
التكرار . وهي اسم لتكرير الفعل والانفعال حتى يصير سهلاً تعاطيه  
كالطبع . ولذلك قيل : العادة طيبة ثانية ( ر : مفردات القرآن للراغب  
الأصفهاني ) .

وقد عرف علماء أصول الفقه العادة بأنها :

« الأمر لتكرير من غير عزيمة عقلية »

فاذا كان التكرار ناشئاً عن علاقة عقلية : وهي التي يحكم فيها العقل  
بهذا التكرار ، لم يكن عندئذ من قبيل العادة ، بل من قبيل التمرين  
العقلي . وذلك كتكرار حدوث الأثر كلما حدث مؤثره ، بسبب ان  
المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها ، كتحرك الحاتم بحركة الاصبع ،  
وتبدل مكان الشيء بحركته . فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر ، لأنه

ناشئ عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول يقضي به العقل، وليس ناشئاً عن ميل أو طبع أو عامل طبيعي  
( ر : التقرير والتحير لابن أمير الحاج شرح التحرير لابن المهام  
( ٧٦٩/٢ ) .

٤٨٢ — يتبين من هذا التعريف أن العادة في الاصطلاح لها مفهوم شامل واسع الحدود، لأن قولهم في تعريفها : « دور المتكرر » يشمل كل حادث يتكرر من حيث أن لفظ « الأمر » كلفظ « الشيء » من أوسع الفاظ اللغة عموماً وشمولاً :

( ١ ) — فالعادة تطلق تارة على ما يعتاده الفرد من الناس في شؤونه الخاصة : كعادته في نومه ، وأكله ، ونوع ما كوله ، وحديثه ، وكثير من أفعاله . وهذه هي العادة الفردية .

( ٢ ) — وتطلق تارة أخرى على ما يعتاده الجماعات والمجاهير ، مما ينشأ في الأصل عن اتجاه عقلي وتفكير ، حسناً كان أم قبيحاً . وهذه ترادف العرف ، كما سيأتي بيانه <sup>(١)</sup> .

---

(١) يقول الفقهاء في بعض المواطن : ان العادة تتحقق بتكرر الفعل مرتين أو ثلاثاً ، لأنها مأخوذة من العود أو المعاودة ( ر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ، الفن الأول تحت القاعدة السادسة ١٢٨/١ ) . ولا يخفى أن مرادهم بذلك عادة الفرد . أما عادة الجماعة التي هي بمعنى =

(٣) — وتطلق العادة أيضاً بوجه عام على كل عادة متكررة ، سواء أكانت ناشئة :

أ — عن سبب طبيعي ، كاسراع بلوغ الأشخاص ونضج الثمار في الاقاليم الحارة ، وابطائه في الباردة . وكثرة الأمطار في بعض الاقاليم صيفاً ، وفي بعضها شتاء بحسب الموقع الجغرافي والعوامل الطبيعية .

ب — او ناشئة عن الاهواء والشهوات وفساد الاخلاق ، كالتقاعس عن فعل الخيرات ، والسعي بالضرر والفساد ، وتفشي الكذب وأكل المال بالباطل ، والفسق ، والظلم ، مما يسميه الفقه : فساد الرمان .

ح — او ناشئة عن حادث خاص ، كفسخ اللحن الناشئ من اختلاط العرب بالاعاجم .

فكل ذلك يعتبر في نظر الفقهاء من قبيل العادات . وقد راعاها المجتهدون في الفتيا والقضاء ، وقرر لها الفقهاء ما يناسبها من أحكام<sup>(١)</sup> .

(ج) — تعريف العرف

٤٨٣ — قدمنا في بحث مصادر الفقه تعريف العرف المعتبر

فقها بأنه : « عادة جمهور قوم في قول او فعل » .

---

عرف الجمهور ، فلا ينطبق عليها هذا الحد ، لان العادة لاتشيع وتنتشر بين الجماهير الا بعد ان تتكرر بين الناس مرات لاتحصى .

(١) — ر : رسالة : « العرف والعادة في رأي الفقهاء » للاستاذ احمد قنبي

أبي سنة : ص / .

وقد وضعنا هذا التعريف مستوحى من التعاريف والشرائط التي يذكرها الفقهاء والأصوليون ، وتحريفاً فيه أن يكون كاشفاً عن حقيقة العرف في نظر الفقهاء بأوضح صورة ، وبأدق الحدود ، لأننا وجدنا التعاريف المأثورة غامضة الصورة ، ومشتبهة الحدود ، بالنسبة الى المنهاج التعليمي التبسيطي الذي نبني على أساسه ونسير في ظله <sup>(١)</sup> .

## ٤٨٤ — تحليل هذا التعريف :

(١) — يفيد هذا التعريف أن العرف نوع من العادة ، وهذا هو الواقع كما يعلم بما تقدم في تعريف العادة ؛ فالعادة جنس أعم تحته أنواع منها العرف كما سنرى في بيان النسبة بين العرف والعادة .

(٢) — ويفهم من هذا التعريف ايضاً أن تحقق العرف يعتمد على نصاب عردي من الناس لابد منه ، وهو : أن يكون موضوع العرف قد اعتاده القوم في مكان جريانه . وهذا مستفاد من لفظ « الجمهور » فإذا لم يكن الأمر المعتاد فاشياً بين أكثر القوم لا يتكون به عرف معتبر ، بل يكون من قبيل العادة الفردية ، او العادة المشتركة ( وهي التي يتساوى معتادونها وغيرهم عدداً ) وقد يسمونها تساهلاً باسم

---

(١) — من أشهر تلك التعاريف المأثورة تعريف الامام الغزالي في المستصفى بأن العرف « هو ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول » وهو كما ترى ، يحتاج الطالب في فهمه الى شرح طويل .

« العرف المشترك » وهي في الحقيقة لم تبلغ حد العرف ، فلا يتناولها عند الاطلاق ، ولا تأخذ حكمه .

٣) ويشير التعريف ايضاً الى أنواع العرف : فهو يدل على انقسامه من وجه الى عرف لفظي ، وعرف عملي ، وهذا مستفاد من قولنا : « في قول أو فعل » . وكذا يدل على انقسامه من وجه آخر الى عرف عام وعرف خاص ؛ وهذا مستفاد من تكبير لفظ « قوم » ؛ فإنه يشمل أهل بلد معين أو أهل حرفة خاصة ، فيكون عرفهم خاصاً بهم ؛ كما يشمل الناس أجمعين في جميع البلدان ، فيكون عرفاً عاماً ، وسيأتي بيان ذلك في بحث تقسيم العرف .

٤) — ويفيد هذا التعريف اخيراً أن العادة لا تسمى عرفاً إلا في الأمور المنبثقة عن التفكير والاختبار ، كالتعامل مثلاً على تقدير الكميات في بعض الاشياء بالوزن ، وفي بعضها بالكيل ، وفي بعضها بالعدد الخ ... . وكالتعامل في الزواج على أن المرأة تشتري بمهرها جهازاً من ملابس ومفروش تحضره معها الى بيت الزوج ، وأنها لا تزف قبل أن يدفع الرجل معجل مهرها كله أو بعضه ، وكالتعامل على بعض انواع من العقود كالاستصناع .

فيخرج عن معنى العرف ما يكون من الامور الشائعة ناشئاً عن

عوامل الطبيعة لا عن التفكير والاختبار ، كسراع بلوغ الأشخاص في الأقاليم الحارة وبطئه في الأقاليم الباردة ، فمثل هذا الأمر ، وإن كان مطرداً أو غالباً في بعض البيئات ، لا يسمى عرفاً ، بل يسمى عادة ، كما رأينا في تعريف العادة .

وهذا المعنى يستفاد أيضاً من قولنا « في قول أو فعل » ، لأن عادة الجماعة من الناس في قول أو فعل لا تكون إلا عن عقل واختيار<sup>(١)</sup> ، وإلا كانت حادثاً طبعياً ، لا قولاً أو فعلاً .

(د) — النسبة بين العادة والعرف

٤٨٥ — يتضح من جميع ما تقدم أن العادة أعم من العرف ، لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي ، والعادة الفردية ، وعادة الجمهور التي هي العرف .

فتكون النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص المطلق<sup>(٢)</sup>

(١) — وهذا هو المراد بقول الفقهاء في تعريف العرف : « هو ما استقر في النفوس من جهة العقول » كما نقلنا آنفاً في الحاشية عن كتاب «المستصرى» للقرطبي ( ر : ف / ١٨٣ ح ) .

(٢) — العموم والخصوص في اصطلاح علم المنطق نوعان : مطلق ، ووجهي : — فالعموم والخصوص المطلق عندما يكون أحد الشئيين أعم من الآخر دائماً والآخر أخص دائماً كما هنا ، وقد تقدم بيان ذلك أول نظرية العقود .  
ف / ١٣١ ( )

لأن العادة أعم مطلقاً وأبداً ، والعرف أخص ، إذ هو عادة مفردة .  
فكل عرف هو عادة ، وليست كل عادة عرفاً ، لأن العادة قد تكون فردية أو مشتركة .

## الفرع الثاني

### تقسيم العرف

٤٨٦ — العرف إما أن يتعلق باستعمال بعض الالفاظ في معان يتعارف الناس على استعمالها فيها ؛ وإما أن يتعلق باعتياد انواع من الاعمال أو المعاملات .

ومن هنا انقسم العرف من حيث موضوعه ومتعلقه الى نوعين :  
عرف لفظي ، وعرف عملي .

ثم من جهة أخرى إما أن يكون العرف في موضوعه عاماً فاشياً في جميع البلدان بين جميع الناس ؛ وإما أن يكون مقتصرأ على بلد أو مكان دون آخر ، أو مخصوصاً بفتن من الناس من أرباب الاعمال او الصنائع أو العلوم دون سواهم . ومن ثم ينقسم العرف ايضاً ، لفظياً كان او عملياً ،

---

= -- والوجهي عندما يكون كل منها أعم من الآخر من وجه وأخص منه من وجه كالنسبة بين مقبومي « الأبيض » و « الملبوس » مثلاً : فالأبيض أعم من وجه لوجوده في الملبوس وغيره ، والملبوس أعم من وجه لوجوده في الأبيض وغيره .



من حيث عمومته وخصوصه ، الى نوعين : عرف عام ، وعرف خاص .

ولذلك إصناح هذه الانواع وامثلتها

(أولاً) - العرف اللفظي والعرف العملي

٤٨٧ - (أ) - العرف اللفظي :

فأما العرف اللفظي : فهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الاطلاق ، بلا قرينة ولا علاقة عقلية .

وذلك كاستعمال لفظ « الدراهم » بمعنى النقود الرأجحة في البلد ميا كان نوعها وقيمتها ، حتى الورق النقدي اليوم ، مع أن الدراهم في الاصل نقد فضي مسكوك يوزن معين ، وقيمة محددة .

وكذلك استعمال لفظ « بيت » في بعض البلدان بمعنى « الغرفة » ، وفي بعضها بمعنى « الدار » بجملتها .

وهذا النوع من العرف هو في الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لاصحابه فاذا احتاج فهم المعنى المقصود الى قرينة او علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفاً بل هو قبيل المجاز .

مثال القرينة : مالو حل انسان عصا صغيرة وحلف ليقتلن فلانأيا ، فانه يفهم بهذه القرينة ان مراده بالقتل الضرب المؤلم .

وكذا لو قال لآخر : « وهبتك هذا الشي » بعشرة دنانير ، فانه

يفهم بقرينة البدل أن مراده بالهبة معنى البيع محازاً .  
ومثال العلاقة العقلية قولنا : « حكمت المحكمة على فلان » ، فإن  
المراد أنه قد حكم الحاكم ، إذ المحكمة هي المكان . ويعتبر هذا الاسناد  
سائغاً مقبولاً بعلاقة أو رابطة يلحظها العقل بين الحال والمحل يمكن  
أن يعتبر معها الفعل كأنه صادر عن المحل بقطع النظر عن الفاعل الحال فيه ،  
كما تقول : « حالف الأمير البلد الفلاني أو حاربه » ، والمراد أهل البلد وسكانه .  
فهذه الأساليب الفنية في طرائق التعبير هي من صور المجاز في  
البيان ، لأنها تقوم على أساس وجود القرينة أو العلاقة ، وليست في  
شيء من العرف اللفظي الذي يعتبر كلفة وضعية خاصة تصبح معانيها  
حقائق عرفية تستفاد من مجرد اللفظ .

#### ٤٨٨ - (ب) - العرف العملي :

وأما العرف العملي : فهو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية  
أو المعاملات المدنية .

والمراد بالافعال 'عمارة' : افعال الناس الشخصية في شؤونهم الحيوية  
مما لا يقوم على تبادل المصالح وانشاء الحقوق ؛ وذلك كالأكل والشرب  
واللبس والركب والحرق والزرع ونحو ذلك .

والمراد بالعامات المدنية : التصرفات التي يقصد منها انشاء الحقوق  
بين الناس ، أو تصفيتا وإسقاطها ، سواء أكانت تلك التصرفات

عقوداً أم غيرها ؛ كالتكاح والبيع والإبراء ، وكالتنصيب والقبض والاداء . ( ر : ف ١٣ / ح ١ ) .

فن أمثلة العرف في الأفعال : اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الاسبوع عن العمل . وكذا اعتيادهم في بعض الأماكن أكل نوع خاص من اللحوم كالضأن والمعز والبقر ، أو استعمال نوع من الملابس والأدوات ، ونحو ذلك .

ومن أمثله في المعاملات :

١ — اعتياد الناس في بيع بعض الأشياء الثقيلة مثل الحطب والفحم والقمح ان تكون على البائع حمولتها الى بيت المشتري .

٢ — واعتيادهم تقسيط الاجور السنوية للعقارات الى أقساط معدودة .

٣ — وتعارفهم في الانكحة تعجيل جانب معين من مهور النساء كالنصف او الثلثين ، وتأجيل الباقي الى ما بعد الوفاة او الطلاق .

٤ — وتعاملهم فيما بينهم ببعض انواع التقود دون سواها .

٥ — وتعارفهم في بعض المهن والصنائع ان يأخذ الصانع من ربح العمل أجراً ، وفي بعضها الآخر أن يأخذ ربح العمل من الصانع أجراً ، كما في الخياطة عندما يكون المقصود تعليم الصانع تلك الصناعة لا مجرد استخدامه ؛ الى غير ذلك مما لا يحصى من أعراف الناس العملية الممكن جريانها في أفانين معاملاتهم ، وتفاريح التزاماتهم فيما .

ثانياً) - العرف العام ، والعرف الخاص

٤٨٩ - (أ) - العرف العام :

فالعرف العام : هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس في امر من الأمور . وذلك كالاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها . فان الناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم الزمان ، ولا يخلو اليوم من التعامل به مكان ، وقد أصبح جارياً في جميع الحاجات ، حتى استصناع المعامل بكاملها والبواخر والأبنية .

ومثله في العموم اليوم تأجيل جانب من مهور النساء في البلاد الاسلامية . فقد تعورف تقسيم المهر الى معجل ومؤجل ، بنسبة تختلف مقداراً بين بلد وآخر . وقد تكون هذه النسبة ثابتة بحيث انه متى ذكر بين الطرفين مبلغ المعجل عرف المؤجل ، كما في بلادنا الشامية اليوم ، فان العرف لدينا مطرد على أن المؤجل من المهر نصف المعجل مالم يصرح في العقد بخلافه .

٤٩٠ - (ب) - العرف الخاص :

أما العرف الخاص : فهو الذي يكون مخصوصاً ببلد أو مكان دون آخر ، أو بين فئة من الناس دون أخرى . وهذا العرف الخاص متنوع كثير متجدد لا تحصى صورته ولا

تقف عند حد ، لأن مصالح الناس وسبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجاتهم  
وعلائقهم متجددة أبداً .

وذلك كعرف التجار فيما يعد عيباً ينقص الثمن في البضاعة المبيعة  
أو لا يعد عيباً ، وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن بعض  
البضائع المبيعة بالجملة مقسماً إلى عدد معلوم من الأقساط ، وعرفهم أن  
لا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النقود الصغيرة في الصفقة الواحدة  
إلا بنسبة معينة .

ومثل ذلك عرف المحامين اليوم على أن جانباً معلوماً من أجور  
الدعوى التي يتقبلونها كالتصف مثلاً يكون مؤجلاً ومعلقاً على ربح  
الدعوى ، وصيرورة الحكم بها مبرماً ، واستخراج وثيقة الحكم ووضعها  
في دائرة التنفيذ .

## الفصل الثاني

سلطان العرف في الأحكام ، وشرائط اعتباره

### الفرع الأول

سلطان العرف

٤٩١ — ان العرف في نظر الشريعة الاسلامية يعد مستنداً عظيم الشأن لكثير من الأحكام العملية بين الناس في شتى شعب الفقه وأبوابه ، وله سلطان واسع المدى في توليد الأحكام وتجديدها ، وتعديلها وتحديدتها ، وإطلاقها وتقييدها .

فالعرف تولده الحاجات المتجددة المتطورة ، ثم يكون نظاماً حاكماً تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس ، ويكشف عن معاني كلامهم ومراميهم ، ويرسم حدود الحقوق والالتزامات ، وينير بحجة القضاء .

ففي اعتبار العرف تسهيل كبير يغني عن كثير من النصوص

التفصيلية في الأحكام التشريعية وفي عقود المعاملات ، اعتماداً على ما هو معروف ومألوف في شتى الوقائع المحتملة .

٤٩٢ — والعرف لا تغني عنه نصوص التشريع والتقنين ، لأنها لا يمكن أن تستوعب جميع التفصيلات والاحتمالات ، كما أن كثيراً من أحكامها الآمرة نفسها مبني على العرف ؛ ويتبدل فيه الحكم بتبدل العرف ، فلا يمكن ترتيب حكم ثابت فيه .

وقلما يوجد باب من أبواب الفقه لا يكون للعرف مدخل في أحكامه ، حتى باب الجرائم والعقوبات

ففي جريمة التعدي على الكرامة مثلاً بالشتم والاهانة انما يعتبر من الكلام جرماً يستحق قائله العقوبة التعزيرية ما يكون في عرف الناس شتماً واهانة .

والعقوبة التعزيرية نفسها<sup>(١)</sup> انما تكون شرعاً بالقدر الذي يعتبر كافياً للقمع في نظر العقلاء وعرفهم بحسب درجة الجرم : بحيث لا تكون أكثر مما يستدعيه الجرم فتصبح هي ظلاً وجرماً ، ولا أقل فيكون فيها تهاون في حقوق الناس ، وتنتفي منها الرهبة الزاجرة .

---

(١) - العقوبة التعزيرية في الاسلام : هي التي لم يحدد الشرع لها مقداراً ولا نوعاً ، وانما تركها مقوضة لآراء الحكام وأنظارهم بحسب المصلحة في كل زمن ، كما تقدم في نظرية المزيادات ( ر : ف / ٣٣٢ ) .

وسنعرض فيما يلي النظرية الفقهية في سلطات العرف وحكمه في مختلف أنواعه السالفة البيان :

( أولاً ) — سلطان العرف اللفظي

٤٩٣ — النظر الفقهي في حكم هذا العرف اللفظي ومدى سلطانه أن كل متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه : فينصرف الى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم ، وان خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة . ذلك لأن العرف الطارىء قد نقل تلك الألفاظ الى معان أخر صارت هي الحقيقة العرفية المقصودة باللفظ ، في مقابل الحقيقة اللغوية .

فلو صرف كلام المتكلم الى حقيقته اللغوية دون العرفية التي هي معناه في عرف المتكلم لترتب عليه الزام المتكلم في عقوده واقراره وحلفه وطلاقه وسائر تصرفاته القولية بما لايعنيه هو ولا يفهمه الناس من كلامه .

وعن هذا أثبت الفقهاء القاعدة القائلة : « الحقيقة نترك برودة العادة » ( م / ٤٠ ) ، ووضعوا المبدأ العام القائل :

« يحمل كلام الخائف والتاخر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه ، وإن خالف لغة العرب ولغة الشارع ،



( ر : مجموعة رسائل ابن عابدين ١٣٣/٢ نقلا عن فتاوى  
العلامة قاسم ) .

فقد يكون معنى اللفظ في أصل اللغة طلاقاً فيصبح في العرف  
زجراً محضاً لا دلالة له على الطلاق ، أو بالعكس :

وقد يكون معنى الكلام في أصل اللغة عقداً ملزماً فيصبح في  
العرف وعداً غير ملزم . وقد يكون معناه بيعاً ومعاوضة فيصبح  
هبة ، ونحو ذلك . فالعبرة دائماً وإنما هي للمعنى العرفي حين التكلم ،  
لتثبيت الأحكام والالتزامات على وفقه ومقتضاه

٤٩٤ — وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أحكاماً كثيرة منها أنه :

(١) — لو حلف الانسان « أن لا يبيع قدمه في دار فهدون » انصرفت  
اليمين الى معنى دخول الدار ؛ لأنه المعنى العرفي ، لا الى مجرد وضع  
القدم الذي هو الحقيقة اللغوية . فلو دخلها راكباً دون أن تمس قدمه  
أرضها يحنث في يمينه شرعاً وتجب عليه كفارة . ولو مد رجله  
من خارجها فوضعها فيها دون أن يدخل لا يحنث . ( ر : الدر  
المختار ٨٤/٣ ) .

(٢) — إذا شرط الواقف في صك وقفه تعيين « ناظر » على وقفه ،  
وكان معنى الناظر في عرف زمانه المتولي الذي يتولى إدارة الوقف من  
جباية وتعمير وإنفاق ، حمل على معنى المتولي كما عليه العرف القديم ،

وإن كان معناه المشرف المراقب على المتولي انصرف إليه ، كما عليه عرفنا الحديث .

وكذا لو وقف مالا على ذريته وشرط أن توزع الغلة بينهم « على الصيغة الشرعية » فالراجع من رأي فقهاءنا أنه يعطى للذكر منهم مثل حظ الأنثيين ، لأن هذا هو المعنى العرفي بين الناس لكلمة « القريضة الشرعية » التي تفسر بها إرادة الواقف ، إذ المراد بها التفاضل المعروف بين الذكر والأنثى في الميراث . فيحمل هذا التعبير على هذا المعنى العرفي له ، وإن كان الأحسن شرعاً أن يسوي الإنسان في العطية بين الذكور والإناث من أولاده ، لأن العبرة إنما هي لإرادة الواقف في توزيع غلة وقفه ، وإن كلامه يجب تنزيله على لغة عرفه التي تعبر عن إرادته المحترمة ، لا على المسلك الأفضل إذا كان خلاف إرادته .

ومثل حكم الوقف في هذا حكم الوصية ( ر : رسائل ابن عابدين ١٤٥/٢ ) .

وكذلك لو شرط الواقف إعطاء دينار أو دراهم معدودة شهرياً أو سنوياً ، وكان الدينار أو الدرهم في عرف زمانه بوزن معين ثم تبدل وزنه ، فالعبرة للتقدر الذي كان في زمانه .

( ٣ ) — يعتقد بيع الثمار على أشجارها بلفظ « النضج » ، والنضج « في بلادنا الشامية ، لأنه اللفظ العرفي فيها اليوم بين أهل البساتين والكروم .

فيقول البائع : «ضمتك» ويقول المشتري «ضمنت» مع ان التضمن والضمان في لسان الشرع معناهما الالتزام والالتزام بقيمة المتلفات ونحوها .

وكذلك يتعقد بيع أحد الشريكين في الدابة المشتركة حصته لشريكه الآخر بلفظ «قاصرة» لتعارفهم هذا اللفظ في هذا البيع . فيقول البائع : «قاصرتك على حصتي بكذا» ويقبل الشريك المشتري . ( ر : رد المحتار أول البيوع ٩/٤ ) .

(٤) — يصح للبائع أن يشترط في عقد البيع البراءة العامة من ضمان العيوب ، وعندئذ لا يحق للمشتري الرجوع عليه بشيء مما ظهر في المبيع من عيوب .

وعليه لو باع الانسان اليوم شيئاً وعبر عن هذا التبرؤ من ضمان العيوب ببعض التعابير العرفية ، كما لو باع شيئاً على انه «ماضر معل» أو «كروم نراب» أو «مروى على الزناد» ، أو نحو ذلك من التعابير التي اعتادها اليوم العوام في هذا المقام ، فليس للمشتري رد المبيع بعيب ما ظاهر أو خفي ، لأن الناس تعارفوا بهذه التعابير اشتراط براءة البائع من ضمان العيوب كافة . ( ر : المحلّة ٣٤٣/١ وشرحها للأمامي ، وانظر أيضاً رد المحتار ٩٥/٤ ) .

(٥) — إذا تعارف الناس لإيقاع الطلاق بألفاظ أو تعابير جديدة فشا استعمالها بينهم فانها يقع بها الطلاق ، ولو كانت في أصل اللغة

لا تقتضي الوقوع ، كلفظ « هي » المرفوع ، الذي يستعمله الرجال في هذا الزمان عند ارادة التطليق ، مع أن الطلاق وصف يقع على المرأة التي هي محل شرعاً لا الرجل<sup>(١)</sup> .

٤٩٥ — يتضح من الأمثلة السالفة البيان أن العرف اللفظي بوجه عام تنشأ به لغة جديدة تكون هي المعبرة في تنزيل كلام الناس عليها ، وتحديد ما يترتب على تصرفاتهم القولية من حقوق وواجبات بحسب المعاني العرفية .

واللغة العامية في كل مكان هي من هذا القليل . فيحمل كلام الناس فيها على معناه المتعارف بينهم . وقد يختلف فيه بلد عن آخر ، فيعتبر في كل مكان عرفه الخاص في التخاطب .

وإن ما تفيد أساليب العوام البليانية من عقد ، أو تعليق ، أو تنجيز ، أو إذن ، أو إجازة ، أو غير ذلك ، هو معتبر وإن خالف مذاهب النحويين في قواعد اللغة الفصحى ( ر : رسائل ابن عابدين ٢ / ١٣٧ و ١٣٨ ) .

---

(١) - حتى لو قال لزوجته : « أنا منك طالق » لا يقع به طلاق وإن نواه ، لأن الرجل لا يكون طالقاً بل مطلقاً . وإنما صح تطليق الزوجة بقوله : « علي الطلاق » لأن هذا اللفظ قد أصبح في العرف والاستعمال نظير قوله لامرأته « انت طالق » أو قوله « طلقت امرأتي » ( ر : رد المحتار ٢ / ٤٣٢ و ٤٢٦ / وجهة المشتاق لاحكام الطلاق ص / ١٦ - ١٧ ) .

ثانياً) - سلطات العرف العملي

٤٩٦ - إن النظر في نصوص الفقهاء ، ينيء بأن العرف العملي في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية له السلطات المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقييد آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف ، وذلك في كل موطن لا يصادم فيه العرف نصاً تشريعياً<sup>(١)</sup> .

فالعرف عندئذ يعتبر مرجعاً ومنبعاً للأحكام ، ودليلاً شرعياً عليها حيث لا دليل سواه من النصوص التشريعية الأساسية .  
فقد قال الامام السرخسي في المبسوط : « الثابت بالعرف ثابت بالنص » .

وقال البيهقي في شرح « الأشباه والنظائر » لابن نجيم « تقلد عن المشرع » : « الثابت بالعرف ثابت بريل شرعي » .  
( ر : مجموعة رسائل ابن عابدين ١١٥/٢ ) .  
وفي هذا المعنى جاءت المادة ٤٥/١ من المجلة بالقاعدة القائلة :  
« التعيين بالعرف لا ينعين بالنص » .

هذا وقد قدمنا أن العرف العملي يتناول قسمين : عرف الأفعال

---

(١) - فإذا عارض العرف نصاً تشريعياً أو قياساً فلفقهاء الشريعة عندئذ موقوف من سلطان العرف ونظر تفصيلي في اعتباره وعدمه سوف نراه فيما بعد .

العادية الحيوية ، وعرف المعاملات المدنية ( ر : ف / ٤٨٨ ) .  
وسنعرض فيما يلي طائفة من الأحكام التي بناها الفقه الاسلامي على  
اعتبار العرف العملي ( بقسميه هذين ) ، يتجلى بها ما اعتبر له فقهاؤنا من  
سلطان على توجيه الأحكام ، وفرض الالتزامات ، ضمن الحدود الشرعية .

#### ٤٩٧ - ( أ ) - عرف الأفعال العادية :

إن الأفعال العادية - وإن كانت أفعالاً شخصية حيوية ، وليست  
من قبيل المعاملات والعلاقات المدنية الحقوقية - عندما يتعارفها الناس  
وتجري عليها عادات حياتهم يصبح لها سلطان وتأثير في توجيه أحكام  
المعاملات المدنية التي تتصل بتلك الأفعال الى وجهة تتفق مع المقاصد العرفية  
فن الأمثلة على سلطان عرف الأفعال العادية ، وتأثيره في أحكام  
التصرفات والعقود في الفقه الاسلامي ، المسائل التالية :

( ١ ) - لو كانت عادة قوم أن يأكلوا لحوم الغنم ، فحلف احدهم  
« أن لا يأكل لحماً » تنصرف يمينه الى اللحم المعتاد أكله يمينهم دون سواء .  
فاذا أكل لحم البقر أو الابل أو السمك لا يحنث فلا تلزمه كفارة اليمين  
وان كان ذلك يسمى أيضاً لحماً في لغة الخالف .

كذلك لو حلف « لا يركب » أو « لا يركب حيواناً » فانه لا يحنث  
بركوب أي حيوان كان ، ولا بركوبه على انسان : وان كان الانسان  
نوعاً من الحيوان ، وانما يحنث اذا ركب ما يعتاد ركوبه من البهائم

( ر : رد المختار - كتاب الايمان ٣/٩٠ - ٩١ ) .

ومقتضى ذلك أنه لو كان الحالف من أهل المدن في هذه الصور لا يحنث بركوب الجبل في المدينة ، ويحنث بركوبه اذا كان معافراً ، لا يحنث الهندي دون العربي بركوب الغيل .

والعلة الفقهية في ذلك وأمثاله أن العرف العملي يقيد احلاقه الله ويصرف اليمين الى العمل المعتاد كالعرف اللفظي ، لما تقرر في التراهدان « العادة محكمة » ( م/٣٦ ) ، أي ان لها في نظر الشرع حاكمية ~~تصح~~ لها أحكام التصرفات ، فتثبت تلك الاحكام على وفق ما تقتضي به العادة والعرف ( ر : رد المختار ٣/٨٦ و ٩٠ - ٩١ ) .

(٢) - ولو وكل انسان وكيلاً بشراء لحم أو خبز أو ثوب مثلاً تقيد عقد الوكالة بنوع اللحم أو الخبز المعتاد أكله ، وبالثوب المعتاد لبسه : فلو اشترى له نوعاً آخر غير معتاد لا يسري الشراء على الموكل بل يلتزم به الوكيل ( ر : رسائل ابن عابدين ٢/١١٥ ) .

(٣) - ان نفقة الزوجة تجب على زوجها في الاجتهاد الحنفي بالقدر المتعارف المعتاد بين أمثالها وبموجب حالها غنى وفقراً . فان كانا من الاوساط ، فنفقة الوسط ، وان كانا غنيين فنفقة الاغنياء ، أو فقيرين فنفقة الفقراء ( ر : الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية لقدري

---

(١) حكمة : بتشديد الكاف المفتوحة ، اسم مفعول من التحكيم .

باشا المصري م/ ١٧٣ و ١٨١ و ١٨٤ ) . وهنا نجد عرف الناس في طراز المعيشة ومستواها قد فرض حدوداً شرعية لالتزام النفقة الذي أوجبه الشرع على الزوج .

(٤) — وكذا لو استأجر دابة للحمل ، فاتف له تحميلها النوع والقدر المعتاد بما لا ضرر منه عليها ، فليس له أن يحملها أكثر من طاقتها المعتادة مطلقاً ، ولا أن يحملها الأشياء الثقيلة كالحديد والاحجار الا أن يأذن المؤجر . وعندئذ يتقيد من حيث المقدار أيضاً بطاقتها المعتادة ، والا كان ضامناً للدابة اذا تلفت ، اذ يعتبر متعدياً ( ر : المجلة ٥٥٥ ) وشروحها ، ورد المختار في الاجارة ٥/ ٢٢ ) .

(٥) — من اللازم في اجارة العقار تعيين نوع المنفعة المقصودة بصورة تمكن من حسم النزاع .

ومع هذا يصح استئجار الدار والحانوت دون بيان ما استؤجرا لأجله . وعندئذ يصار الى تحكيم العرف والعادة في كيفية استعماله وفي سواغية ربط الدواب فيه ، وليس له أن يمارس فيه ما يوهن أو يضر البناء كالحدادة والقضارة ونحوهما ، لأن من الملاحظ منعه عرفاً إلا يأذن المؤجر ( المجلة : ٥٢٧ و ٥٢٨ ) .

فاذا لم يكن تعيين كيفية الاستعمال ممكناً بالعرف وجب بيانه بالعقد كما في استئجار الأرض للزراعة ، فانه يشترط في العقد بيان



لاختلاف أنواع المزروعات في نفع الارض وضررها (ر: المجلة/ ٥٢٤). ولم يلجأ الفقهاء هنا الى تحكيم العادة والعرف لأن الناس تزرع في الارض شتى الاصناف القابلة لها، ولكن تتفاوت رغبات المؤجرين والاجور بالنسبة الى أصناف المزروعات بحسب درجة تأثيرها في قوة الارض الانباتية.

(٦) — تدل الفروع الفقهية في أحكام الجوار أنه لا يجوز لأحد ذي حق في منفعة ان يتجاوز في استيفاء حقه الى حد يضر بغيره ، فلو فعل كان ضامناً للضرر .

ومقياس التجاوز وعدمه انما هو العرف والعادة .

فلو أوقد صاحب الأرض أو مستأجرها ناراً في الأرض، فتطاير منها ما أحرق شيئاً لجيرانه من يادر أو غيرها ؛ فإن كان أوقدها بصورة معتادة عرفاً فهو غير ضامن ، وإن تجاوز المعتاد أو أوقدها في هبوب الريح كان ضامناً ( ر : الدور شرح الفروع آخر الاجارة ٢/ ٢٤٠ )<sup>(١)</sup>.

---

(١) وهذا يتلاقى ويتفق مع ما استقر عليه التكثير القانوني اليوم في النظرية الحقوقية الحديثة المسماة : نظرية التعسف في استعمال الحق *abus de droit* فالشرعية الاسلامية قد سبقت الى تقرير موضوع هذه النظرية في شتى فروع الاحكام التي يعرفها المصلحون .

(٧) — وكذلك ليس للمستعير أن يجاوز المعتاد عرفاً في كيفية استعمال العارية . فإن فعل كان ضامناً أن هلك أو تضررت ، رغم أن العارية في الأصل تعتبر أمانة في يده غير مضمونة . وذلك لأنه بتجاوزه المعتاد في استعمالها ، يصبح في العرف متعدياً .

(٨) — أن مقتضى عقد الابداع أن يحفظ الوديع الوديعة بنفسه في حرز مثلها ، وأن لا يودعها عند غيره ، لأن معنى الابداع على الثقة الشخصية بالوديع نفسه .

على أن الفقهاء سوغوا للوديع على سبيل الاستثناء أن يحفظ الوديعة بواسطة من في عياله من زوجة أو ولد كبير أو أجير خاص غير مياوم ، لأن الوديع لا يستغني عن الاستعانة بهم ، ولا يعتبر بذلك مقصراً في الحفظ عرفاً ، فلا يضمن الوديعة إذا تلفت أو سرق عندم ، لكن بشرط أن لا يحفظها إلا عند من يحفظ مثلها عند مثله عادة وعرفاً ، فيحفظ مثلاً فرس الوديعة عند سائسه أو خادمه ، ويحفظ عقد الجوهر عند زوجته . فلو حفظ العقد النفيس عند الخادم كان مفراطاً مقصراً عرفاً فيضمنه ان ضاع أو تلف ( ر : المجلة / ٧٨٠ - ٧٨٢ وشروحا ) .

٤٩٨ — هذه أمثلة بسيرة من شتى الأحكام الكثيرة التي تزخر بها الفصول الفقهية من كل باب ، يتجلى بها ما يعرف الأفعال العادية في

الأكل والشرب واللبس والركب والحفظ والانتفاع الخ ... كمية  
وكيفية من سلطان يقيد العقود ، ويحدد حدود الالتزامات ، وينشئ  
الضمانات في العلاقات المدنية .

### ٤٩٩ — ب — عرف المعاملات المدنية :

عندما يكون عرف الناس منصّباً على توزيع الحقوق والالتزامات  
بين طرفين في بعض المعاملات المدنية دون أن يصاحبه نصاً تشريعياً  
آمراً يكون من الطبيعي ، بل من البديهي ، احترام سلطان هذا العرف  
في إثبات الحقوق وانتفاعها ، لأنه عندئذ يكون في قوة العبارة المنشئة  
للحق ، وصراحة الشروط الجائزة ، إذ يعتبر أن المتعاقدين يتركان  
التصريح بما جرى عليه التعارف ، اعتماداً منها على العرف .

بل قد جاءت النصوص التشريعية من السنة ذاتها في بعض فروع  
الأحكام معللة بالعرف كما سنرى في الفرع الثالث الآتي .

وعلى هذا وضعت القاعدة السالفة البيان : « النعميم بالعرف والتعميم  
بالنهي » ، والقاعدة الأخرى القائلة : « المعروف عرفاً والشرط شرطاً » ،  
كما قرر الفقهاء كثيراً من الأحكام المبنية على العرف والتعامل ، وأحالوا  
أيضاً على عرف المعاملات في كثير من المواطن التفصيلية التي يخضع  
تفصيل جزئيات الحقوق فيها لحكم هذا العرف .

٥٠٠ — فن أمثلة ذلك المسائل الآتية :

(١) — قرر الفقهاء انه يجوز للصديق وهو في بيت صديقه أن يأكل مما يجد أمامه ، وان يستعمل بعض الادوات للشرب ونحوه بلا اذن صاحب البيت ، لأن ذلك مباح له عرفاً . فلو انكسرت الآنية اثناء استعماله المعتاد ، أو تلفت بأفة سماوية لا يكون ضامناً لها شرعاً كما يضمن الغاصب ، لأنه لم يعتبر متعدياً .

وكذلك قالوا: يجوز للانسان ان يتناول من الثمار الساقطة المتروكة تحت شجرها في اراضي البساتين بلا اذن صاحبها اذا كانت من الانواع التي يتسارع اليها الفساد لو بقيت ، لأن العرف على إباحة ذلك . فلا يكون ضامناً لما أكل ، إلا أن ينهأ صاحبها عن التناول منها ، او يكون صاحبها قائماً بتتبعها وجمعها ، فلا بد عندئذ من الاذن .

فهنا قد ورد العرف على اباحة المال ، واعتبر نافياً للضمان .

(٢) — ثبت في السنة بشأن الفتاة البكر البالغة اذا استأذنها ولها في عقد نكاحها أن التي ﷺ قال : « انزها صمها » : أي أن سكوتها عن الجواب دون رفض أو تفويض ، يعتبر منها اذناً وتوكيلاً ، فيسري عليها التزويج المبني عليه .

وقد علل ذلك بدلالة العرف ، اذ يغلب على الفتيات الابكار في هذا المقام الحجل من ابداء الرغبة عادة بينا لا يخططن من اظهار الرفض

كما تقدم في بحث القياس ( ر : ف / ١١ سابقاً ) .

وموضوع العرف هنا ليس عملاً حيوياً عادياً ، بل معاملة مدنية هي الاذن بالتزويج ، فقد حقق النص التشريعي عقد الوكالة بالسكوت بناء على هذا العرف المدني .

( ٣ ) — ونظير ذلك عقود التعاطي التي أقر الفقهاء فيها انعقاد المفاوضات المالية بالقبض والدفع دون إيجاب وقبول باللفظ ، كما لو سأل راغب الشراء صاحب البضاعة عن سعرها فينه له ، أو وجد سعرها مكتوباً عليها ، فدفعه له وأخذها ومضى ، وكلاهما ساكت ، فإن البيع يتعقد بينهما شرعاً . ومستند الفقهاء في ذلك هو العرف العام الذي يعتبر القبض بعد معرفة الثمن في قوة التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول في عادة الناس .

( ٤ ) — أن الالتزامات التبعية الناشئة بعقد المعاوضة كأجرة السمسار وكتابة الصك ، وأجرة اخراج البضاعة المباعة من مستودعها وأجرة كيلها أو وزنها لأجل تسليمها ، وكلفة وزن الثمن أو نقله إذا كانت بما يحتاج الى كلفة ، وأجرة قطع الثمار المباعة على شجرها الخ ... كل ذلك إذا سكت المتعاقدان فيه عن بيان ما يلتزم به كل منهما فقد اعتبر الفقهاء العرف أولاً في الزام كل منهما بما تعورف أنه يلزمه .

فإن لم يكن عرف فقد نصبوا لها ضابطاً يقوم على أساس أن

ما يتوقف عليه تسليم الثمن فعل المشتري، وما يتوقف عليه تسليم المبيع فعل البائع، مع بعض تفصيل معروف في محله ( ر : المجلة / ٢٨٨ — ٢٩٢ ) .

فقد اعتبروا العرف في توزيع هذه الالتزامات على الطرفين مقدما على الضابط الفقهي في توزيعها .

ومثل ذلك ماجرى العرف ببيعه محولا على حساب البائع الى بيت المشتري ، فان حويلته عندئذ يلزم بها البائع عملا بالعرف ، والا فالأصل أن تكون حولة المبيع على المشتري .

( ٥ ) — في باب شمول المبيع قرر الفقهاء من جملة قواعده أن كل ماجرى عرف الناس على تبعيته للمبيع يدخل في البيع بلا ذكر ، ويستحقه المشتري بلا ثمن اضافي .

ففي بيع البعير يدخل خطامه الموجود عليه ، وفي بيع الفرس يدخل رسنها كذلك ، لتعارف الناس على هذا في الدواب التي تحتاج الى مقود . بخلاف بيع الحمار والغنمة فانه لا يدخل فيه مقودهما الا اذا ذكر في العقد لعنم العرف ، ولكن تدخل قلادة الحمار ( ر : المجلة و مرآتها و شرح الباز و علي حيدر : م ٣٣٢ ) .

وفي بيع الدار يدخل مفتاحها . وفي بيع الدراجة المسماة بالافرنجية ( يسيكلت ) يدخل منفاخها والمفاتيح الاساسية لفك أجزائها ،

وحقبة أدواتها التي تعلق عليها للعرف في ذلك ، ولكن لا يدخل مصباحها الا بالذكر لعدم العرف .

وفي بيع السيارة اليوم كذلك يحكم العرف فيما يتبعها بلا ذكر أو لا يتبعها <sup>(١)</sup> .

(٦) - مما يشترط لصحة البيع شرعاً معلومة الثمن : أي تحديده في العقد نوعاً وقدرأ ، أو أن يكون معيناً بالذات كما لو كان حاضراً مشارأ إليه .

ولكن صرح الفقهاء أنه إذا وقع البيع ببلع من الدنانير أو الدراهم مثلاً دون أن يبين العاقد نوعها ، وكان في البلد منها أنواع مختلفة في

---

(١) - وفي حقوق العقار الارتفاقية كالشرب والمر والمسيل يذكر الفقهاء انها لا تدخل في بيع الدار ونحوها الا إذا ذكرت في العقد ، أو ذكر أن الدار بيعت بحقوقها ومراقبها جملة ، ونحو ذلك من الألفاظ العامة التي لتتناولها ( ر : المجلة / ٢٣٥ وشروحها والدور : ٣ / ١٤٩ ) .

ولكن العلامة ابن عابدين اقتضى أخيراً بدخول حق الشرب من الاقنية والانهار في الديار الشامية وان لم يذكر في بيع الدار ما يشعر بدخوله ، لأن عرف هذه البلاد على ذلك ( ر : مجموعة رسائل ابن عابدين : ٢ / ١٣٦ ) .

أقول : وينطبق أيضاً هذا في مدينة دمشق اليوم على ما يخص عقاراتها من مياه والفيجة ، التي تشتري لها وتعد اليها بالانابيب ، فان العرف على دخولها بلا ذكر . لكن في الأراضي الزراعية ذات حقوق الشرب من الانهار الخاصة لا يدخل الشرب في بيع الأرض الا بذكره أو ذكر الحقوق والمراقق ، لأنهم متعارفون على التصرف بشرب الأراضي بيعاً وشراء منفرداً عن الأرض .

القيمة والرواج ، فإن العقد يصرف بحكم العرف الى النوع الأرواج :  
أي الأكثر تعاملاً وتداولاً بين الناس في بلد العقد ، ويكون كل من  
العاقدين ملزماً بذلك .

فإذا كانت أنواعها متساوية في الرواج مع اختلاف القيم فعندئذ  
يفسد البيع ويستحق الفسخ ( المجلة / ٢٤٠ وشروحها ) وذلك لتأديته الى  
نزاع مشكل : فإن البائع عندئذ يطلب الأعلى قيمة ، والمشتري يتمسك  
بالأدنى ، ولا يوجد عرف يرجع اليه لتساويهما في الرواج .

( ٧ ) — ان كيفية دفع أجرة المأجور يتبع فيها شرط العاقدين .  
فان لم يشترط شيئاً فإن كيفية الدفع عندئذ تخضع للعرف في  
التعجيل أو التأجيل أو التجسيم : أي التقسيط .

فان لم يكن في ذلك عرف معروف ففي كيفية دفع الأجرة في  
إجارة العقار ، أو الأشخاص ، أو الأشياء والحيوان ، يوجد تفصيل  
فقهي مبين في كتاب الاجارة من المدونات الفقهية ، وفي المواد  
/ ٤٦٦ — ٤٨٣ / من المجلة .

فانظر في ذلك إلى العرف ، عند عدم الشرط العقدي ، هو المقدم  
فهماً .

( ٨ ) — لو جهز الأب ابنته من ماله في زواجها ، ثم اختلف وإياها  
في أن ما أخرجها لها كان على سبيل العارية فيحق له استرداده ، أو كان



على سبيل التمليك فهو لها ، وكذلك لو ماتت البنت ، والحالة هذه ،  
فوقع الاختلاف في ذلك بين الأب والزوج من أجل نصيبه الارثي ،  
فالذي استقر عليه رأي الفقهاء في هذا المقام هو تحكيم العرف بالنظر  
الى عادة الناس وحال الأب من حيث الوجاهة وعدمها :

— فإذا كان العرف مستمراً أو غالباً أن مثل هذا الاب إنما يخرج  
مثل هذا الجهاز عادة على سبيل التمليك ، فالقول للبنت لو كانت حية ،  
أو الزوج لو متوفاة .

— أما إذا كان في العادات الجارية أن مثل هذا الأب لا يخرج مثل  
هذا الجهاز تملكاً فالقول للأب في أنه عارية ( ر : كتاب « القول  
الحسن في جواب : القول لمن ؟ »<sup>(١)</sup> في باب الهبة ، ورسائل ابن  
عابدين : ١٣٤/٢ نقلًا عن أمهات كتب المذهب الحنفي ) .

وهكذا في كثير من مسائل « القول لمن ؟ » يستند الفقهاء الى  
العرف في ترجيح القضي بين مزاعم المتداعين .

( ٩ ) — في قضية الرسائل والصكوك نص الفقهاء على أنها لكي تعتبر

---

( ١ ) — مسائل « القول لمن ؟ » هي الوقائع التي يشبه فيها أمر الفصل القضائي  
في مزاعم المتداعين المتعارضة ، ويحتاج فيها الى نظر وتأمل في تخريجها الفقهي  
وترجيح قول أحدهما ترجيحاً مبدئياً حتى يثبت خصمه خلافه ، وقد أوردت  
بعضها المجلة في فصل « القول لمن » ( م / ١٧٧١ - ١٧٨٢ ) .

ونكون كالنطق باللسان يجب أن تكون مكتوبة وفقاً للعرف  
والعادة ، بأن تكون مسيئة مرسومة .

ومعنى كونها مسيئة : أن تكون على شيء تظهر عليه ، فلا عجرة  
للكتابة بالاصبع مثلاً على الهواء أو الماء أو الجدار ، ولا ينعقد  
بها تصرف

ومعنى كونها مرسومة : أن تكون محروقة وفقاً للراسم والتقاليد  
المعتادة .

ففي الرسالة المكتوبة : يجب اليوم أن تكون على قرطاس ، ومعنونة ،  
ومصدرة ببيان المرسل والمرسل اليه كقولهم من فلان بن فلان إلى فلان  
ابن فلان ومختومة بخاتم المرسل أو موقعة بتوقيعه ( ر : م / ٦٩ وشرحها  
للأثامي ، ورد المختار : ٤٢٨ / ٢ ) .

فالكتابة اليوم على عظم أو جلد أو ورقة شجرة لا عجرة لما فيها  
من خطاب بإيجاب بيع أو شراء أو طلاق أو غير ذلك ، وكذا إذا  
كان الكتاب على قرطاس ولكنه لم يكن معنونا ، لأن كل ذلك يعتبر  
غير مرسوم .

أقول : في عصرنا اليوم لا حاجة إلى تصدير الكتاب بذكر المرسل ،  
بل يكفي تصديره باسم المرسل اليه ، ثم التوقيع في ذيل الكتاب .  
ومن العرف الازمي اليوم الاكتفاء في تحرير الصكوك بتوقيع

ذي العلاقة عليها فقط دون خطاب في أولها ، ودون بيان ان الموقع يقر ويعترف بضمونها . فجرد توقيعك على صك يتضمن عقداً ينمويين غيره ، أو تصرفاً من تصرفات الارادة المنفردة كطلاق أو وصية أو وقف ، يعتبر إقراراً خطياً من الموقع بضمون الصك .

حتى إن من العرف التجاري الذي يؤيده قانون التجارة أن مجرد توقيع الشخص الثالث على سند الأمر المسمى ( كبيالة ) دون ذكر اية عبارة ، يعتبر كفالة منه ، وأن المستفيد من سند الأمر إذا وقع في ظهره توقيعاً مجرداً على ياض وسلمه لشخص كان ذلك التوقيع حوالة منه إلى المستلم أو إلى من يختاره المستلم فكل ذلك أعراف معتبرة تثبت لها أحكامها شرعاً .

هذا ، وبما يجدر التنبيه اليه من العرف الزماني في أمر الصكوك أن التوقيع على صك من شخص ذي علاقة ، ولو كان هو غير العاقد ، يعتبر رضى بالعقد في عرف الناس اليوم ، لان وضع التوقيع إنما يقصد به غرض توثيقي ، وإلا كان عبثاً ، فهو يوضع عادة للتعبير عن الرضى والموافقة .

وعلى هذا لو عقد فضولي<sup>(١)</sup> لإجارة على مال شخص ، وكتب بالعقد

---

(١) - الفضولي: هو الذي يتصرف عن غيره بلا إذنه تصرفاً قولياً، كبيع وإجارة ونحوهما . فيكون عقده موقوفاً على اجازة صاحب حق التصرف : فان =

صك وقعه العاقدان ، ثم اطلع عليه المالك فوقعه باسمه أيضاً . فتوقيع المالك يعتبر بحسب العرف إجازة لنقد الفضولي ، فينفذ على المالك<sup>(١)</sup> .

٥٠١ — هذه صور متنوعة أوردناها على سبيل التمثيل . وقد اقتطفنا ما من مختلف النواحي الفقهية التي تغفل فيها تأثير العرف المدني في المعاملات ، وهي غيض من فيض . ومنها يعرف ما أقره النظر الفقهي للعرف في المعاملات أيضاً من حاكمية وسلطان .

#### ملاحظة

الاعظام المبني على العرف تبين بغيره

٥٠٢ — ومن الواضح بعدما تقدم أن جميع ما بني من الأحكام على العرف يتبدل بتبدل العرف ، ويدور معه كيفما استدار . ذلك لأن من المقرر فقهاً أن الحكم يدور مع العلة . وعن هذا وضعت القاعدة الفقهية القائلة : « لو بصر غير الاعظام بغير الاعظام » ( ر : المجلة / ٣٩ وشروحها ) .

ولا فرق في العرف الذي تخضع له الأحكام بين العرف العام والعرف الخاص ؛ غير أن العرف الخاص بمكان أو بقعة من الناس

---

= إجازته نفذ وإن رده بطل . ( وانظر ما تقدم ق ١٩٤ / ٣ سابقاً ) .  
 (١) — وهذه حادثة الفتوى من وقائع العصر ، وقد سئلت عنها فأجبت بهذا الجواب .

يقتصر اعتباراً وسلطانه على المكان او الفئة اللذين استقر العرف فيهما ، ولا يتعداهما . فقد يكون العرف اللفظي او العملي في موضوع ما ، كعنى كلمة الفريضة الشرعية ، وكأجل قدر من المهر او تقسيط اجرة العقار ، مختلفاً بين مكان وآخر . فيجري على أهل كل مكان حكم عرفهم الخاص . وسيأتي لذلك مزيد بيان .

(ر: شرح المجلة لعلي حيدر وللانصاري م / ٣٦ - ٤٠ / و : الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ، للشهاب القرافي المالكي في جواب السؤال / ٣٩ / ص / ٦٨ ) .

## الفرع الثاني

### شروط اعتبار العرف

٥٠٣ - إن ما تقدم بيانه من الاعتبار الشرعي للعرف ، وماله من سلطان في ميدان الاحكام العملية بين الناس تولداً وتحديداً ، مشروط بشروط يجب توافرها في العرف لكي يكون له هذا السلطان . وتلك الشروط التي يذكرها الفقهاء والاصوليون في مناسبتها المختلفة تلخص بأربع :

(١) - أن يكون العرف مطرداً او غالباً

(٢) - ان يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند انشائها .

(٣) - ان لا يعارض العرف تصريح بخلافة

(٤) - ان لا يعارض العرف نص شرعي بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً له .

وستولى ايجناح هذه الشرائط فيما يلي :

٤٠٥ - الشريعة الاولى : ان يكون العرف مطرداً أو غالباً .  
المراد هنا من اطراد العرف بين متعارفيه : ان يكون عملهم به مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف ، فالعرف مثلاً على تقسيم المهر في النكاح الى معجل ومؤجل إنما يكون مطرداً في البلد إذا كان أهله يهرون على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح .  
والمراد من غلبة العرف : أن يكون جريان أهله عليه حاصلًا في أكثر الحوادث .

فاشترط الاطراد أو الغلبة في العرف معناه اشتراط الغلبة العملية فيه لأجل اعتباره حاكماً في الحوادث <sup>(١)</sup> .

---

(١) - أما الأغلبية العددية بمعنى أن يكون العرف جارياً بين جميع القوم أو أكثرهم فهي ليست من قبيل الشرائط ، بل هي ركن في تكوين العرف لا يتحقق معناه دونها ؛ وهي النصاب العددي الذي تقدم بيانه لتحقيق معنى العرف =

فإن العادة تسمى عرفاً متى اعتادها أكثر القوم ولو كانوا لا يحجرون عليها إلا في أقل أعمالهم . وإذا تساوى عملهم بها وعدمه سميت عرفاً مشتركاً ، وهو لا يعتبر في معاملات الناس ، ولا يصلح مستنداً ودليلاً للرجوع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة ، لأن عمل القوم به أحياناً إذا صلح دليلاً على قصدهم إلى تحكيمه فتركم له أحياناً مماثلة أو أكثر ينقض هذه الدلالة .

ومن ثم كان من شرائط اعتبار العرف ، بنوعيه اللفظي والعملي ، أن يكون مطرداً أو غالباً بهذا المعنى .

والاطراد أو الغلبة لا يستلزمان أن يكون العرف عاماً ، فأن صوم العرف غير اطراده :

— فالعرف العام : هو الذي يكون منتشرأ في جميع البلاد .

— والعرف الخاص : هو الذي يتعارف في بلد أو بلدان معينة دون سواها ، أو بين أهل خرفة أو صناعة مخصوصة دون سواهم .

فكل من العرف العام والخاص يشترط لاعتباره وتحكيمه في المعاملات المطلقة أن يكون في محيطه مطرداً أو غالباً على أعمال أهل ، لأن العرف ، وإن كان عاماً ، قد يكون غالباً في أعمال الناس بالمعنى

---

= لأن العادة الفردية لا تصبح عرفاً إلا إذا اعتادها أكثر القوم في بيئتها ، إذن العرف هو عادة الجمهور ( ر : ف / ٤٨٣ - ٤٨٤ ) .

المشروح أو لا يكون .

٥٠٥ — الشريطة الثانية: أن يكون العرف المراد تحكيمة في التصرفات قائماً عند انشائها .

العرف انما يعمل فيما يوجد بعده لافيا معنى قبله .

فالعرف الحاكم في أمر من الأمور بين الناس يجب أن يكون موجوداً عند وجود هذا الأمر ليصح حله عليه . وهذا احتراز عن العرف الحادث ، فإنه لا عبرة له بالنسبة الى الماضي ولا يحكم فيه .

وهذه الشريطة أيضاً شاملة للعرف اللفظي والعلمي :

أ) — في العرف اللفظي رأينا أن كلام المتصرف بالارادة المنفردة كالوقف والحلف والنذر والوصية والطلاق ، وكذا كلام العاقد في العقود ، انما يحمل على معانيه العرفية دون معانيه اللغوية في أصل اللغة . ولكن هذا العرف اللفظي الذي تحمل عليه معاني الكلام انما هو العرف القائم حين صدور هذه التصرفات من أصحابها ، لأنه هو الذي يعين مراد المتكلم .

فاذا تغير العرف بعد ذلك في مفاهيم تلك الألفاظ والتراكيب الواردة في الوقفيات والوصايا وسائر الصكوك فلا عبرة للعرف الحادث في تفسير التصرفات القولية الواقعة في ظل العرف القديم ، وانما الذي يحمل على العرف اللفظي الجديد هو ما يصدر بعده من تصرفات .



فلفظ « على الرغبة الشرعية » مثلاً في كلام الواقفين والموصين  
معناه العرفي الى اليوم أن يكون للذكر من غلة الوقف أو مال الوصية  
ضعف ما للأنثى . فلو تبدل العرف في هذا التعبير فأصبح معناه  
التساوي في الحصة بين الذكور والاثاث لا يؤثر هذا التبدل في  
أحكام الوقفيات والوصايا السابقة الجارية على مقتضى العرف اللفظي  
الأول .

يقول العلامة ابن نجيم في ( الأشباه والنظائر الفن الأول ١ / ١٣٣ ) :  
« العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق  
دون المتأخر . ولذلك قالوا : لاعبرة بالعرف الطارىء »  
ومثل ذلك يقال في نصوص الشارع أيضاً :

فالنصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية  
والعرفية في عصر صدور النص ، لأنها هي مراد الشارع ، ولاعبرة  
لتبدل مفاهيم الالفاظ في الاعراف الزمنية المتأخرة ، وإلا لم يستقر  
للنص التشريعي معنى .

فمثلاً لفظ « في سبيل الله » من آية مصارف الزكاة له معنى عرفي  
لذا ذلك ، هو مصالح الجهاد الشرعي ، أو سبيل الخيرات مطلقاً على  
اختلاف بين العلماء في ذلك .

ولفظ « ابن السبيل » فيها أيضاً معناه العرفي : من ينقطع من الناس

في السفر<sup>(١)</sup> .

فإذا تبدل عرف الناس في شيء من هذه التعابير ، فأصبح مثلاً معنى « سبيل الله » طلب العلم خاصة ، وأصبح معنى « ابن السبيل » الطفل اللقيط الذي لا يعرف له أهل ، فإن النص التشريعي يظل محمولاً على معناه العرفي الأول عند صدوره ، ومعمولاً به في حدود ذلك المعنى ، لأنه هو مراد الشارع ، ولا عبرة للمعاني العرفية أو الاصطلاحية الحادثة بعد ورود النص ، يقول القرأني :

« دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة لأن العرف ناسخ لغة ، والناسخ يقدم على المنسوخ . فكما أن عقد البيع يحمل فيه الثمن على التقود المعتادة ، ولا عبرة في هذا البيع لتبدل العادات بعده في النقود ، كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات » اه باختصار<sup>(٢)</sup>

ب — وفي العرف العملي أيضاً إنما يعتبر في كل تصرف من الاعراف المؤثرة فيه ما كان موجوداً عند التصرف دون الحادث بعده. فلو تبدل عرف الناس مثلاً فيما يعد عيباً في المبيع ، أو فيما يدخل في البيع تبعاً للمبيع ، أو في تقسيط اجرة العقارات المأجورة ، أو في

---

(١) - ر : تفسير الجلالين ، سورة التوبة الآية / ٦١ / ورد المختار ، باب المصرف في الزكاة ٦١ / ٢ .

(٢) - ر : كتاب « مالك » للاستاذ الشيخ محمد أبي زمرة ف / ٩٣ / ص / ٢٥٠ نقلاً عن تنقيح الفصول للقرأني : ص ١٩٤ .

كون سنة الايجار شمسية او قمرية ، او في تقسيم المهر في النكاح الى معجل ومؤجل ، الى غير ذلك من الشؤون ، فان العرف الحادث لا يسري على التصرفات السابقة ولا يبدل شيئاً من أحكامها والتزاماتها ، وانما تخضع له التصرفات الجديدة الواقعة في ظله .

٥٠٦ — الشريعة الثالثة : أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه : هذه الشريعة قيد أساسي في القاعدة المتقدمة في بيان عرف المعاملات ، وهي ان « المعروف عرفاً بالشرط شرطاً » .

فقد تقدم أن علة تنزيل الأمر المعروف منزلة المشروط هي أن سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف وعدم اشتراطهم إياه صراحة يعتبر واقعاً منهم اعتماداً على العرف الجاري ( ر : ف / ٤٩٩ ) .

فأثبت الحكم المتعارف في هذه الحال انما هو من قبيل الدلالة ، فاذا صرح بخلافه بطلت هذه الدلالة ، إذ من القواعد الفقهية المقررة انه : « دجبرة للدلالة في مقابلة التصريح » ( ر : المجلة / ١٣ ) .

يقول الامام عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الشافعي في كتابه « قواعد الاحكام » ( ١٧٨ / ٢ ) .

« كل ما ثبت بالعرف اذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد ، ويمكن الوفاء به صح . فلو شرط المستأجر على الاجير ان يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك ولو شرط عليه ان يعمل شهراً ، في الليل والنهار بحيث

لا ينأى ليلاً ولا نهاراً فالذي أراه بطلان هذه الاجادة لتعذر الوفاء به ، فكان ذلك غوراً لا تنس الحاجة اليه » اه باختصار .  
ويقول العلامة التوكي علي حيدور في شرح المادة / ٣٧ / من المجلة :  
« ان العرف يكون حجة اذا لم يكن مخالفاً لنص او شرط لاحد العقادين . فلو استأجر شخص اجيراً للعمل من الظهر الى العصر فقط ، ليس له أن يلزمه بالعمل من الصباح الى المساء بحجة ان عرف البلدة هكذا » (١) .

وعلى ذلك تنقيد الاعارة في الزمان والمكان والمقدار بما يقيد بها المعير ولو جاء قيده مخالفاً للمعتاد ، إذ لا عبرة للمعتاد مع التصريح بخلافه . فلو استعار شخص دابة مثلاً للركب أو للتحميل يعتبر مأذوناً بركوبها أو بتحميلها القدر المعتاد في أمثالها عرفاً . ولكن لو نهاه المعير صراحة عن ركوبها أكثر من مدة أو عن تحميلها أكثر من مقدار حددهما له ، لا يجوز للمستعير أن يزيد عليه ولو مقداراً لا يتجاوز المعتاد .  
فان زاد كان معتدياً في حكم الغاصب ( ر : م / ٨١٦ — ٨١٧ ) .

**٥٧٠ — الشريعة الرابعة :** أن لا يكون في العرف تعطيل لنص

**ثابت ، أو لأصل قطعي في الشريعة .**

إذا كان العرف مخالفاً لبعض الأدلة الشرعية من نصوص الشريعة أو من قواعدها وأصولها ، فالمبدأ العام الذي يستخلص من أقوال الفقهاء الباحثين إجمالاً هو أنه : اذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل

(١) - ر : تعريب الشرح المذكور للمعالي الاستاذ فهمي الحسيني .

لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة لم يكن عندئذ للعرف اعتبار،  
لأن نص الشارع مقدم على العرف .

وأما إذا لم يترتب على العرف هذا التعطيل ، بل كان العرف بما  
يمكن تنزيل النص الشرعي عليه أو التوفيق بينهما فالعرف عندئذ  
معتبر ، وله سلطان محترم .

والتمييز بين هاتين الحالتين يقوم على نظر تفصيلي تختلف فيه النتائج  
بحسب كون العرف مخالفاً لنص أو أصل قطعي ، أو مخالفاً لأدلة اجتهادية  
وكذا بحسب كون العرف المخالف للنص مقارناً لوروده أو حاداً بعده ،  
وبحسب كون العرف لفظياً أو عملياً ، وعاماً أو خاصاً .

وهذا ما سنشرحه في الفصل الثالث التالي الذي نفرده للبحث في  
مخالفة العرف للأدلة الشرعية :

## الفصل الثالث

### مخالفة العرف للأدلة الشرعية

٥٠٨ — إن عرف الناس وتعاملهم قد يتخطى حدود التشريع الأساسية ، فيخالف نصاً من نصوص الشريعة ، أو بعض الآراء الاجتهادية المقررة فيها .

فما هو موقف الفقه الاسلامي عندئذ من سلطان العرف ، وما درجة تسامحه مع العرف في هذا التخطي ؟  
هذه قضية جوهرية ذات خطر ، لأنها تتصل بمعنى التشريع وحياته وسيادته .

لقد وقف الفقه الاسلامي في هذه القضية موقفاً حكيماً جمع فيه بين المرونة اللازمة لتطور الأحكام التي يجب أن تتكيف بحسب ظروف الحياة ، وبين المحافظة على المبادئ الأساسية الثابتة .

وسنشرح فيما يلي هذا الموقف الفقهي بالتفصيل :

٥٠٩ — ان مخالفة العرف للأدلة الشرعية تقع على ثلاث حالات مختلفة النتائج :

- (١) — فيما أن يصطدم العرف بنص تشريعي خاص من نصوص القرآن أو السنة الثابتة ، أمر بخلاف ما جرى عليه العرف .
- (٢) — وإما أن يتعارض العرف مع نص عام .  
والمراد بالنص الخاص هنا : ما يكون وارداً عن الشارع بشأن الأمر الذي هو موضوع العرف فأما عنه بخصوصه .
- أما النص العام : فالمراد به هنا ما يكون فيه حكم شامل للأمر المفروض فيه جريان العرف ، وشامل لغيره أيضاً ، بحيث يكون الأمر المتعارف هو من بعض أفراد النص ومشمولاته<sup>(١)</sup> .
- (٣) — وإما أن يخالف إيراد الإجماعية : أي الأحكام التي قررها

- (١) — العموم والخصوص في اصطلاح علماء أصول الفقه هما في الأصل من أوصاف الألفاظ بالنظر الى مفاهيمها .
- فاللفظ الخاص :** هو الذي يدل على فرد ، كرجل وامرأة وإنسان (بالتنكير) ، أو على أفراد محصورة ، كاسماء الأعداد ، مثل ثلاثة ، وعشرة الخ ...
- واللفظ العام :** هو الذي يتناول أفراداً كثيرة غير محصورة على سبيل الشمول والاستفراق : أي أنه يشملها جميعاً ، مثل قوله تعالى في القرآن : « و لله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً » وقول النبي عليه السلام « ما أسكو كثيره فقليله حرام » . فلفظ « الناس » ولفظ « ما » عامان .
- ( د : « المستصفى » للغزالي ٣٥/٢ - ٣٦ الطبعة الاولى الاميرية ، و « كشف الأمراء » شرح أصول البزدوي ٢/٢ وما بعدها ) .
- وبعموم اللفظ في النص يوصف النص والحكم الذي يتضمنه بالعموم أيضاً .

الفقهاء تخريباً وتفقهاً بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصلاح  
في المسائل الحادثة التي لم يرد عليها نص صريح في الشريعة .  
وعلى هذا يتفرع الكلام في هذا الفصل الى ثلاثة فروع :

## الفرع الأول

حالة اصطدام العرف بنص تشريعي خاص

٥١٠ — إذا تعارف الناس على عمل من الأعمال العادية أو  
المدينة ، وكان الأمر الذي تعارفوه منياً عنه وممنوعاً بنص خاص ؛  
أي بنص وارد عن الشارع لمنع هذا الأمر بخصوصه ، كما كان  
الجاهليون متعارفين التبنّي مثلاً وإجراء حكم البتوة الحقيقية فيه فهي  
عنه القرآن بخصوصه ، فإن هذا العرف عندئذ لا اعتبار له ولا قيمة .  
فهو عرف مرفوض يجب تغييره لا إقراره ، ولا يجوز القضاء به  
بحال ، سواء أكان العرف خاصاً أو عاماً ، وسواء أكان حادثاً بعد  
ورود النص ، أو قائماً قبل .

وذلك لأنه لما صادم العرف لإرادة الشارع الخاصة في موضوع ما  
أصبح الفقيه المكلف بتطبيق الشرع بين أمرين اثنين :  
— إما أن يعمل بالعرف ، وهذا لإهمال تام لنص الشارع ، وذلك



لايسوغ إلا في احوال الاضطراب الطارئ ، لان الشارع نفسه قد  
شرع الاهمال الموقت في الاحوال الاضطرارية .

واما ان يعمل بالنص ويهمل العرف ؛ وهذا الذي يجب  
المصير اليه .

فن البديهي ان الشريعة إلزامية ، ولم تشرع إلا لكي تنفذ نصوصها  
وتحترم . فلا يجوز تعطيلها بالتعامل على خلافها ، وإلا لم يبق للشرع  
معنى . ( ر : « الموافقات » للشاطبي المسألة / ١٤ / من النوع الرابع من  
كتاب المقاصد ٢ / ٢٨٣ - ٢٨٤ ) .

٥١١ - وقد أسلفنا ان من الأعراف ما يكون في ذاته حسناً  
عادلاً ، ومنها ما يكون قبيحاً وجائزاً ، وان من مقاصد الشرائع التي  
تسن أن تقر الحسن وتنبى عن القبيح ، وتوجه الناس في أعمالهم  
ومعاملاتهم الى الخير العام . والمرجع في تمييز الحسن العادل من القبيح  
الجائر إنما هو أمر الشارع ونهيه ، لأن الشارع يزن الأمور وينظر الى  
نتائجها من جميع نواحيها لا من بعض النواحي دون بعض ، فما نهى  
عنه بخصوصه يجب أن يعتبر مضرراً بالمجتمع ولو أنه نافع لمئات أو فئات  
( ر : ف / ٤٨٠ ) .

وكل تشريع إنما يقوم على أساس تقييد حرية المكلفين في بعض  
ميادين العمل وإطلاقها في بعض ، بحسب ما يرى الشارع ويقدر من

وجوه المصلحة العامة . وقد تتفاوت حدود هذا الاطلاق والتقييد بين شريعة وأخرى . وهذا مقرر في النظريات القانونية اليوم أيضاً ، فنصوص القوانين لا يغير حكمها العرف المخالف . ونظير هذا نظر القوانين الوضعية اليوم الى قضايا وأحكام يراها واضع القانون من « النظام العام » ، فيحجر حرية المكلفين عن كل اتفاق أو عرف على خلافها ، ويعتبره باطلاً<sup>(١)</sup> .

٥١٢ — ولذا جاءت الشريعة الاسلامية بالنهي عن كثير من الأعمال والعقود التي كانت متعارفة في الجاهلية بلا نكير : فحرمت الغزو الداخلي واستباحة الناس الأموال والأعراض به ، وأقامت دولة ونظاماً أخلاقياً واجتماعياً وحقوقياً أخضعت له الجميع ، مع أن الغزو الداخلي كان عرفاً مألوفاً في جاهلية العرب ، ولا يزال معتاداً لدى قبائل من البدو في بوادي بلادنا وغيرها .

وكذلك نهى النبي عليه السلام عن عقود كانت متعارفة بين العرب لانتفاء التراضي الحر فيها ، لما فيها من غرر ومشكلات . من ذلك نهيه عن البيع بالمنازمة والملامسة وإلقاء الحجر ، وبيع الملاحيق والمضامين ،

---

(١) — معظم احكام قانون ايجار العقارات وقانون العمل في بلادنا السورية يوم ، وفي غيرها من البلاد التي اخضعت الایمارات وقضايا العمال لقوانين خاصة سماً لمشكلات المؤجرين والمستأجرين ، والعمال وارباب العمل . فان معظم حكماها تعد من قضايا النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها .

وبيع ضربة القانص والغائص<sup>(١)</sup> ؛ وكان كل ذلك معروفاً في الجاهلية ،  
فنهى عنه النبي عليه السلام ، فأصبح في الاسلام ممنوعاً باطلاً . فلو  
عاود أهل بلد شيئاً منه وتعارفوه فلا عبرة لعرفهم<sup>(٢)</sup> .  
ومثل ذلك استرقاق المدين الذي كان متعارفاً في جاهلية العرب<sup>(٣)</sup>

(١) . البيع بالمناينة او الملامسة او القاء الحجر : هو ان يتراوض  
المشتريان : أي يتداولان على مقايضة سلعة بسلعة ، ففي نبذ كل منها سلعته الى  
الآخر أو لمس سلعة رفيقه ، فقد انبهم البيع بلا خيار ولو لم يطلع على المبيع  
كما لو كان ثوباً مطوياً لم يتأمله .

وطريقة القاء الحجر في عرفهم : ان يلقي المشتري حصاة على عدة اثواب  
مثلاً فما اصابته كان مبيعاً بلا خيار ، كالقمار ، وهو اشبه بطريقة «الياهيب»  
في عصرنا اليوم .

والمضامين : ماسيتج من فعول الابل من ولد ، والملاقيح : ماسيتج من اناثها .  
وضربة القانص : ماسيق في شبكة الصيد من صيد البر والبحر .  
وضربة الغائص : ماسيخرجه القواص من اللالء في غوصته ( ر . الهداية  
ومروها باب البيع الفاسد : ٥٥/٦ ، ورد المختار ١٠٢/٤ و ١٠٩ ) .

(٢) - وعلى هذا ، اذا تعارف الناس في زمان او مكان تجارة الحرر التي  
حرمها الاسلام ، او الربا الذي منعه الشرع بنص القرآن الخاص ، فلا عبرة  
لعرفهم ولا تصح عقودهم فيه بنظر الشرع الاسلامي .  
والتعامل اليوم بالحرر والربا ، وقضاء الحاكم به في كثير من البلاد الاسلامية  
انما يستند الى القوانين الرضعية الحديثة .

(٣) - انظر كتاب «الحق والذمة» للاستاذ الجليل الشيخ علي الحنيف  
استاذ الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة ، اول بحث الذمة : ص/٨٢

وعند الرومانيين ، فجاء الاسلام بمنعه وأوجب النظرة للمدين المعسر  
بنصر القرآن الصريح في قوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة  
الى ميسرة » .

وكذلك عرف أهل البر في نكاح الشغار باطل لا يقضى به ( ر :  
الدرر ، والدر المختار في كتاب النكاح ) .

ونكاح الشغار : هذا هو أن يتفق شخصان فيزوج كل منهما الآخر  
قريبته ، فتكون مي كهر للأخرى . وهو متعارف بين أهل البر في  
بلادنا الشامية وغيرها .

ومن عرفهم فيه أنه اذا ماتت إحدى المرأتين يستعيد زوجها قريبته  
من عند الآخر حتى يزوجه امرأة أخرى بدلاً من التي ماتت ، فكأنه  
ضامن لحياتها !!

وهذا النكاح مصادم للنصوص الخاصة في الكتاب والسنة ، فانها  
أوجبت في النكاح مهرأ للمرأة تملكه هي ، كما قررت للمرأة حق اختيار  
زوجها ، ومنعت نشوزها أو إنشازها عنه بلا موجب مشروع .

٥١٣ — والخلاصة أن العرف إنما يعمل به في حدود الحرية  
التي تركها الشرع للمكلفين في ميادين الأعمال والالتزامات ، دون  
الحالات التي تولى الشارع فيها بنفسه تحديد الأحكام على سبيل الإلزام،  
وإلا لأمكن أن تقلب الاعراف على الزمن أسس التشريع كلها رأساً

على عقب ، فتتقضى الشريعة بثأناً وتصبح أثراً بعد عين .  
فالنص الخاص الأمر هو المعتبر المحترم ولو صادمه عرف عام ،  
فلا يعتبر أي عرف أو اتفاق على خلافه .

## ٥١٤ - استثناء النص العرفي

على أنه يستثنى من ذلك حالة واحدة ، وهي ما إذا كان النص نفسه  
حين صدوره عن الشارع مبنياً على عرف قائم ، ومعللاً به ، فإن النص  
عندئذ يكون عرفياً ، فيدور حكمه مع العرف ويتبدل بتبدله .

وقد تختلف الأنظار الاجتهادية في كون النص الخاص عرفياً أو غير  
عرفي فيختلف الاجتهاد ، بناء على ذلك ، في اعتبار العرف الطارىء  
المخالف ، وكونه مبدلاً لحكم النص أم لا . مثال ذلك مسألة مقياس  
الأموال الربوية .

فمن المقرر أن الأموال التي تعتبر شرعاً من الأنواع الربوية يمتنع  
فيها بيع مقدار منها بأكثر أو أقل منه إذا كانا من جنس واحد ، لأن  
الفضل عندئذ يكون رباً محرماً ، فلا تجوز مبادلة القمح بالقمح مثلاً ،  
ولا الذهب بالذهب ، إلا إذا تساوى البدلان .

فاذا اختلف الجنس ، كبيع الذهب بالفضة أو القمح بالشعير ،  
جاز التفاضل ؛ ولكن تمتنع النسيئة ، أي تأجيل أحد البدلين : فيجب

التقايض في مجلس العقد<sup>(١)</sup> .

وهذا من قبيل سر الزرائع ، كيلا يتخذ جواز التفاضل عند اختلاف الجنسين ذريعة ووسيلة الى ربا النسبة ، فيستقرض الشخص ذهباً مثلاً الى أجل ثم يوفي فضة أكثر منه بقدر الربا المراد .

فهذا الحكم كما ترى يقوم على أساس وجوب تساوي الكميات المبادلة في الجنس الواحد ، فاهو مقياس هذا التساوي ، فقد يتساوى المقداران وزناً ويتفاوتان كيلاً ، وبالعكس ؟

ومن المتفق عليه ان التساوي يعتبر شرعاً بالمقياس العرفي في كل صنف ؛ فما كان وزنياً عرفاً كالزيت والسمن ، يجب تساوي الكميتين فيه بالوزن ، وما كان كيلياً عرفاً يجب التساوي فيه بالكيل .

وإذا تبدل العرف في مقياس شيء فأصبح كيلياً مثلاً بعد أن كان وزنياً ، أو أصبح وزنياً بعد أن كان كيلياً تبدل المقياس الربوي فيه تبعاً للعرف .

غير أنه قد ورد النص عن النبي ﷺ في ستة أصناف من الاموال الربوية ( ومنها القمح ) أنه يجب التساوي في بعضها بالوزن ، وفي

---

(١) -- يلحظ هنا ان هذه الاحكام الربوية اصبحت غير معمول بها في ظل القوانين الزمنية السائدة في بلادنا وكثير من البلاد العربية والاسلامية فينباع الناس اليوم بالاموال الربوية كيفما شاؤوا بمقتضى الاحكام القانونية .

بعضها بالكيل<sup>(١)</sup> :

فذهب جمهور المجتهدين ومنهم أبو حنيفة إلى أنه يعتبر في خصوص هذه الأشياء المقياس الذي ورد النص به ابتداءً ، ولا عبرة لتبديل العرف فيه . ففي مبادلة القمح مثلاً بالقمح يجب التساوي كيلاً لا وزناً ، ولو تعارف الناس ببيع بالوزن كما في زماننا اليوم<sup>(٢)</sup> ، لأن هذا نص خاص بالمقياس الربوي في هذه الأصناف فلا يعتبر العرف على خلافه .

ولكن ذهب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة إلى أن المقياس المعتبر حتى في تلك الأشياء الستة هو المقياس العرفي ، وأنه يتبدل بتبدل العرف ، كما في سائر الأموال الربوية الأخرى التي لم يرد نص خاص بشأن مقياسها . ويقول : إن النص في مقياس تلك الأصناف الستة معطل بالعرف ، قائماً ورد النص بلزوم التساوي فيها كيلاً أو وزناً لأن

---

(١) هي الذهب ، والفضة ، والحنطة ، والشعير ، والملح ، والتمر .  
ففي مبادلة الذهب بالذهب والفضة بالفضة بيعاً أو قرضاً أوجب النبي عليه السلام تساوي البدلين وزناً ، وفي الأصناف الأربعة الأخرى أوجب التساوي كيلاً ( ر : الهداية وشروحا ١٥٧/٦ ) .

(٢) -- ليس معنى ذلك أنه يتمتع شرعاً على هذا الرأي ببيع هذه الأصناف بغير المقياس المنصوص إذا قربلت بغير جنسها كالقود مثلاً ، بل قلنا ان يتعارفوا في بيعها بخلاف جنسها أي مقياس ارادوا او بلا مقياس : أي جزافاً ؛ ولكن معناه أنه اذا بيع شيء منها بجنسه كقمح بقمح ، او استقرض منها شيء ، فإنه يجب عندئذ في الرفاه التساوي بالمقياس الذي ورد به النص .

هذا مقياسها المتعارف في عهد النبي عليه السلام . فلو كان العرف فيها على مقياس آخر لورد النص معتبراً فيها ذلك المقياس الآخر (ر: الهداية وشروحها ١٥٧/٦) .

ورأي أبي يوسف هذا كما ترى أقوى حجة ، وأقوم محجة ، رغم انفراجه به .

**٥١٥** — هذا ، ومن النصوص التشريعية الخاصة التي تعتبر - فيما أرى - مبنية على العرف والعادة ، فيتبدل حكمها تبعاً لتبدل العادة ، ما قد أسلفنا ذكره من قول النبي عليه السلام بشأن الفتاة البكر البالغة: « انزها صماتها » ، حيث اعتبر سكوتها عن استئذان وليها لها في تزويجها من رجل معين وبهر معين إذناً منها وتوكيلاً ( ر : ف / ١١ و ٥٠٠ ) . فقد اتفقت آراء الفقهاء على أن هذا الحكم في الفتاة البكر مبني على ما هو معروف فيها من الخجل عن إظهار رغبتها في الزواج عند استئثار وليها لها ، فعادتها أن تعبر بالسكوت عن رغبتها واذنها . وهذا الاستحياء لا يزال الى اليوم غالباً عليهن في الأوساط الاسلامية بحسب الترية والتقاليد الاجتماعية .

فاذا فرض أن هذه الترية قد تبدل اتجاهها . وأصبحت الفتيات الابكار لا يتحرجن من اعلان هذه الرغبة او عدمها على السواء ، كعادة الثيبات غير الابكار فان الاذن منهن عندئذ بالتزويج لا يكفي فيه



السكوت ، بل يحتاج الى بيان كالإذن من التيات ، ليعتبر توكيلاً يسري به عليهن عقد التزويج منذ وقوعه من الولي المستأذن ؛ وعند عدم الاذن والتوكيل من الفتاة البكر البالغة يعتبر تزويجها عملاً فضولياً يحتاج الى اجازة منها ليصبح نافذاً عليها ، وإن سكنت عند استئثار وليها لها .

## الفرع الثاني

حاله تعارض العرف مع نص تشريعي عام<sup>(١)</sup>

٥١٦ — اذا عارض العرف نصاً تشريعياً عاماً شاملاً بعمومه الأمر المتعارف ، ففي سلطان العرف عندئذ تفصيل بحسب كون العرف مقارناً لورود النص أو حادثاً بعده .  
( أولاً )

العرف المقارن لورود النص العام المعارض له

٥١٧ — العرف 'نقائم عند ورود النص التشريعي إما أن

(١) — سميناً الحالة السابقة في البحث الاول اصطلاحاً بين العرف والنص لأن النص اذا كان خاصاً فكأنما يصادمه العرف المخالف وجهاً لوجه .  
أما هذه الحالة هنا فنسميها تعارضاً بين العرف والنص لأن النص عندما يكون عاماً يكون موضوع العرف المخالف هو بعض مشمولاته ، ولم يرد النص بشأنه خصيصاً ، فكأنما يعترض العرف المخالف اعتراضاً في بعض اتجاهات عموم النص ، كخطين هندسين يتقاطعان في نقطة .

يكون عرفاً لفظياً او عملياً :

أ) — فاذا كان لفظياً فلا خلاف بين الفقهاء في اعتباره ، فينزل النص التشريعي العام على حدود معناه العرفي عند الحلّو عن القرائن ولو كانت دلالة اللفظ الذي استعمله الشارع هي في أصل اللغة أوسع من دلالته العرفية ، لأن العرف اللفظي العام هو لغة التخاطب ، فيوجه الألفاظ الى معانيها في حدودها المألوفة ، ما لم توجد قرينة دالة على أن الشارع أراد بلفظه حدوداً أوسع .

وهذا في الواقع فرع من قاعدة وجوب حمل اللفظ على معناه الحقيقي ما لم تقم قرينة على ارادة المجاز ، لأن العرف اللفظي يجعل المعنى المتعارف حقيقة عرفية ، وهي مقدمة في الفهم على الحقيقة اللغوية التي تصبح هي ، بالنسبة الى الحقيقة العرفية ، مجازاً يحتاج الى قرينة .

فألفاظ البيع والشراء والاجارة ، والصيام والصلاة والحج ، وعدة النساء في الطلاق والوفاء ، كل ذلك ونحوه من النصوص يحمل على معانيه العرفية عند ورود النصوص بها ، وان اختلفت عن المعاني الوضعية في أصل اللغة .

ب) — وأما اذا كان العرف القائم عند ورود النص المخالف له عرفاً عملياً فقد اختلفت الاجتهادات في كونه صالحاً لتخصيص النص العام أو غير صالح .

ولدى من يعتبره صالحاً يوجد تفصيل بين أن يكون العرف عاماً أو خاصاً ، نلخصه فيما يلي :

## ٥١٨ - (أ) العرف المقارن العام :

فاذا كان العرف القائم عند ورود النص العام المعارض له عرفاً عاماً فإنه في الاجتهاد الحنفي يكون مخصصاً للنص ، فيعتبر عندئذ ذلك النص مقصور الشمول على ماسوى الأمر المتعارف اذ يكون ذلك العرف قرينة قائمة دالة على أن الشارع لم يرد شمول ذلك الأمر المتعارف بعموم نصه المعارض له في الظاهر<sup>(١)</sup> .

(١) - التخصيص في اصطلاح علم اصول الفقه هو : « قصر اللفظ العام على بعض افراده » . وذلك بأن يرد عن الشارع نص يتضمن حكماً عاماً ، ويقوم دليل آخر يفيد أن الشارع لم يرد بذلك النص العام ان يتناول حكمه كل ما يدخل في عموم لفظه ، ل هناك حالة او حالات مستثناة من حكمه .

وهذا الدليل التخصيص يكون اما نصاً آخر مقارناً الاول يستثنى منه بعض مشمولاته ، او قرينة قائمة تدل على هذا التخصيص ، وتفيد ان الشارع قد عبر باللفظ العام غير مريد شموله لهذه الحالات التي قام الدليل على استثنائها منه .

مثال ذلك قوله تعالى : « أحل الله البيع وحرم الربا » :

فجمله « أحل الله البيع » حكم عام لان لفظ ( البيع ) عام ، فيفيد بعمومه حل كل بيع حتى البيوع الربوية ، ولكن الجملة الثانية « وحرم الربا » خصصت عموم الاولى ، فأخرجت من الحل البيع الذي يشتمل على ربا ، وأفادت أن الشارع لم يكن يريد شموله بالنص العام الاول المفيد للحل

وكذلك ثبت في قواعد الشريعة المستفادة من نصوص اخرى تحريم الغش في المعاملات ؛ وتلك النصوص قائمة عند ورود هذا النص العام في تحليل البيع ، فيعتبر مخصصاً بها . فلا يكون البيع الذي يشتمل على غش مشمولاً بالنص العام المحلل للبيع .

والاجتهاد الحنفي يشترط ان يكون دليل التخصيص مقارناً للنص العام المحصور منه ، بأن يكون نصاً آخر وارداً معه ، او قرينة قائمة عند وروده ، =

والنظر الفقهي في ذلك أن النص إذا كان عاماً فإن العمل بالعرف في موضوعه لا يكون تعطيلاً للنص، كما في حالة خصوص النص، بل يبقى النص معملاً في مشمولاته الأخرى التي يتناولها عمومها، فليس في تخصيص النص بالعرف عندئذ إهمال للنص، بل هو أعمال للعرف والنص معاً. والعرف العملي يدل على حاجة الناس إلى ما تعارفوا عليه، وفي نزاع الناس عما تعارفوه صر وخرج كما سلف يسانه (ر : ف / ٤٧٩ ) ، فالعمل بهما معاً أولى وأوفى بالحاجة . ( ر : د نشر العرف ، لابن عابدين الفصل الأول والباب الأول ) .

ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء على ذلك عقد الاستصناع ( ر : ف / ٨ / الحاشية ) .

فقد ثبت عن النبي ﷺ أنه دُني عن بيع ما ليس عند الإنسان ودرخص في السلم <sup>(١)</sup> .

فهذا النص عام في منع كل أنواع البيع التي لا يكون المبيع فيها

= لكي يكون دالاً على أن الشارع لم يكن يريد بالنص العام إجراؤه على عمومه . فإذا جاء دليل التخصيص متأخراً بعد زمن لم يكن هذا تخصيصاً ، بل نسخاً لجانب من حكم النص العام بعد جريانه مدة على عمومه .

( ١ ) - السلم والسلف : ( بفتحين فيما ) ، هو : بيع شيء غير معين مؤجل التسليم بثمن معجل ( المجلة / ١٢٣ ) ، كبيع كمية من القمح أو الزيت أو الورق المبين الوصف إلى شهرين مثلاً . وغاية لزوم تعجيل الثمن فيه أن يستعان به على إنتاج المبيع أو جلبه ( ر : الجزء الخامس من هذه السلسلة الفقهية في عقد البيع ف / ١٣٧ ، ١٣٩ ) .

موجوداً في ملك البائع ، سوى السلم الذي استثناء لما فيه من مصلحة باستسلاف الثمن للاستعانة على الانتاج .

ففقده الاستصناع يشمل بالمتنع عموم النص المانع ، وان لم يكن وارداً فيه خصيصاً .

ولكن الاستصناع عقد . قد تعارفه جميع الناس في كل البلاد لاحتياجهم الى طريقته ، ولا سيما في الأحذية ونحوها مما فيه مقاييس وأوصاف يختلف فيها الشخص عن غيره .

فلذلك أقر الاجتهاد جواز عقد الاستصناع للعرف الجاري فيه ، واعتبر هذا العرف مخصصاً لعموم النص العام المانع ، فكأنما ورد النص باستثناء الاستصناع ضمناً كما استتبي السلم صراحة ، وبقي العمل بالنص في غير ذلك من أنواع بيع المعلوم .

وقد نقل انعقاد الاجماع على صحة الاستصناع<sup>(١)</sup> .

### ٥١٩ - (ب) - العرف القائم الخاص :

وأما اذا كان العرف القائم المعارض للنص العام عرفاً خاصاً بمكان دون آخر أو ب فئة من الناس دون سواهم ، كعرف التجار أو الصناع في بعض البلدان أو بعض الأصناف فالراجع من الآراء في الاجتهاد

---

(١) - يلحظ هنا ان بيع المعلوم بوجه عام قد اصبح معتبراً صحيحاً بشرط ان لا يكون وجوده مستحيلاً وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٦٤ / من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثمانية السابق ، ثم بمقتضى القانون المدني السوري .

الحنفي أنه ليس له عند معارضة النص ما للعرف العام من قوة وسلطان، فلا يصلح العرف الخاص مخصصاً للنص العام المعارض ولو كان قائماً عند ورود النص، لأنه إذا كان عرف بعض البلاد أو الناس يقتضي تخصيص النص، فإن عدم هذا العرف لدى بقية الأماكن أو الناس لا يقتضيه فلا يثبت إلتصيص بالشك<sup>(١)</sup>.

وقد رأينا آنفاً أن تخصيص النص التشريعي العام عو بيان لمراد الشارع منه لاتعديل طارئ عليه (ر: ف/٥١٨/الحاشية)، والعرف الخاص قد يكون بين فئة ضئيلة من الناس أو في مكان صغير، فلا يصلح دليلاً على أن الشارع لم يرد من نصه العام عموم معناه.

٥٢٠ - هذا تحرير مافي الاجتهاد الحنفي في هذا المقام.

وفي المذهب المالكي اختلاف بين فقهاء حول اعتبار العرف العملي مخصصاً لعموم النص. ولكن المحققين من فقهاء المذهب على أن العرف العملي القائم يخصر النص العام كما يقيد النص المطلق خلافاً لما قاله القرافي في فروقه (١/١٧٣/الفرق/٢٨) من أن العرف العملي لا يصلح لتخصيص اللفظ أو تقييده.

وهم كذلك لا يصرحون بالتمييز بين أن يكون العرف عاماً أو خاصاً.

---

(١) ر: «الاشباه والنظائر» لابن نجيم آخر القاعدة السادسة: ١/١٣٤/ورسالة «نشر العرف» لابن عابدين، الباب الاول ١١٦/٢/ من مجموعة رسائله.

( ر : حاشية شمس الدين الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٣/٢<sup>(١)</sup> ) .  
 ونجد من فروع هذا المبدأ عند الامام مالك أنه يقول إذا كانت  
 المرأة شريفة القدر لا يلزمها ارضاع ولدها ان كان يقبل ثدي غيرها  
 للمصلحة العرفية في ذلك حيث جرى العرف لدى أمثالهن على أن  
 تستأجر لأولادهن المراضع . قال ابن العربي : إن هذا تخصيص  
 لعدم قوله تعالى :

« والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين »<sup>(٢)</sup> .  
 ( ر : أحكام القرآن لابن العربي تحت الآية / ٢٣٣ / من سورة  
 البقرة ) .

### ( ثانياً )

العرف الحادث بعد النص العام المعارض له

٥٢١ - وأما إذا كان العرف المعارض للنص العام مانعاً به

---

( ١ ) أفاض في تحقيق مذهب الحنفية والمالكية وغيرهما في مسألة تخصيص  
 النص التشريعي العام بالعرف العملي الاستاذ الفاضل محمد فهمي أبو سنة في المقالين  
 الخامس والسابع من رسالته « العرف والعادة » ص / ٩١ - ٩٤ و ١٢٤ .

( ٢ ) - يعد بعض المالكية هذه المسألة من فروع تخصيص النص بالمصلحة  
 ولكن المصلحة التي يقصدونها هنا إنما هي مراعاة العرف الجاري في صون النساء  
 ذوات الشرف والنبل عن الارضاع وتربية أولادهن بطريق الاسترضاع وهو<sup>٩</sup>  
 من الاعراف التي لا تنافي قواعد الشريعة ونصوصها، فتكون رعايته من المصالح،  
 ويخصص به النص الشرعي . وقد كانت عادة نرب النبلاء في الجاهلية أن يسترضعوا  
 لأولادهم مرضعات في البادية ابتغاء صحة الاجسام وتقويم اللسان .

ذلك النص ، فإن هذا العرف لا يعتبر ولا يصلح مخصصاً للنص التشريعي باتفاق الفقهاء ولو كان عرفاً عاماً ؛ لأن العرف الحادث هو طارئ بعد أن حدد مفهوم النص التشريعي ومراد الشارع منه وأصبح نافذاً منذ صدوره عن الشارع . فإذا ساء تخصيصه بعد ذلك بعرف طارئ مخالف له ، كان ذلك نسخاً للنص التشريعي بالعرف ، وهذا غير جائز ، إذ لو جاز لأدى إلى تبديل معظم أحكام الشريعة بأعراف طارئة تلغيها وتحل محلها ، فلا يبقى للشرع معنى .

ولا فرق بين العرف العملي والعرف اللفظي في عدم صلوح الطارئ منها لتخصيص النص السابق عليه ، بل العرف اللفظي الحادث هو أبعد عن الصلوح لهذا التخصيص .

فبعد ورود نصوص القرآن والسنة إذا تبدل عرف الناس في معاني بعض الألفاظ الواردة في نصوصها فلا عبرة لهذا التبدل ، بل العبرة لتلك المعاني والحدود التي كانت هي المفهومة منها عند الوجود ، لأن العرف اللفظي القائم عند ورود النص التشريعي هو الذي يحدد مراد الشارع من كلامه<sup>(١)</sup> .

فالمعاني الاصطلاحية التي تعارفها الفقهاء في تقسياتهم لضبط المسائل

(١) - ر : « الاشباه والنظائر » لابن نجيم ، الفن الاول ، القاعدة السادسة ١٣٣/١ و « تنقيح الفصول » للقرافي ص / ١٩٤ و « الفروق » له أيضاً في المسألة ٦ / من الفرق الثالث ٦/١ و كتاب « مالك » للاستاذ محمد أبي زهرة ف / ٩٣ ص / ٢٥٠ .



وترتيب الأحكام ، كالفرض ، والواجب ، والمسنون ، والمندوب ،  
 والمكروه تنزيهاً أو تحريماً ، وغير ذلك من الاصطلاحات العلمية  
 المستحدثة ، لا يصح تفسير نصوص القرآن والسنة بها على أنها هي  
 المراد بالأوامر والنواهي . بل إن صبغة الأمر في تلك النصوص تارة  
 تفيد الطلب المحتم للفعل ، وتارة أفضليته وإباحته ، والنهي يفيد عكس  
 ذلك ؛ ولنسمه بعد ذلك بما شئنا من الاصطلاحات ، فإنها لا تبدل شيئاً  
 من تلك المدلولات الأصلية التي كانت في لغة الشارع هي المفهومة ،  
 ولا توجد فيها الاصطلاحات الحديثة حدوداً جديدة .

وكذلك لفظ « اليمين » الوارد في الكتاب والسنة ، فإن مفهومه  
 اليمين بالله تعالى لأنها هي المعروفة في لسان الشرع ، وعليها يحمل  
 قوله تعالى :

« لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما  
 عقدتم الأيمان » (١) .

---

(١) اليمين : هي الحلف على فعل أو ترك في المستقبل لتوثيق العزيمة بهاتحو :  
 والله لأفعلن كذا ، أو لأفعلن كذا . وهي مؤنثة اللفظ .  
 وأما القسم (بفتحين) : فهو الحلف على تركيد خبر عن أمر كائن أو سيكون ،  
 نحو : والله ما فعلت كذا ، أو سيكون كذا .

وقد يستعمل كل من اليمين والقسم في معنى الآخر تميزاً وتساهلاً .  
 ويمين اللغو : اختلفت الآراء الفقهية في تفسيرها . وأحسن تفسير في  
 نظرنا أنها صورة الحلف الذي يجري على لسان بعض الناس كلهجة معتادة لا يقصد  
 بها انعقاد بين ، كقولهم في الجواب : بلى والله ، أو نعم والله . وهذا ما أخذ =

فلا يصح حمله على اليمين المستحدثة بالطلاق والعتاق ، لأنها لم تكن معروفة في الجاهلية ، فلا يكون اللغو فيها معنى<sup>(١)</sup> . ( ر : رسالة « العرف والعادة » للأستاذ فهمي أبي سنة ص ٩٥ / نقلًا عن « الموافقات » للشاطي ) .

٥٢٢ — وعلى هذا الأساس يجب أيضاً تطبيق نصوص الفقهاء ، وتفسير صكوك الوقيات والوصايا والبيوع والهبات والزواج وسائر الصكوك العقدية وما يرد فيها من شروط واصطلاحات ، فانها جميعاً يجب أن تفسر بحسب عرف العاقدین المنشئين لها في زمانهم قياساً على نصوص الشارع ؛ ولا يسوغ تزويلها في الفهم على عرف حادث يخرج به كلامهم عن مرادهم .

فلفظ الاستاذ مثلاً كان معناه العرفي رب الصانع الذي يستخدم أجيراً فيها لتعليمه إياها ( ر : كتاب « المعرب » للجواليقي ، كلمة « أستاذ » ) .

وبناء على هذا العرف نص الفقهاء على أنه : اذا دفع الشخص ولده الصغير الى أستاذ ثم اختلفا في استحقاق الأجرة فطلب الأستاذ

= به جماعة منهم الامام الشافعي .

وقال الخنفة : هي الحلف على خبر كذب يظنه الحالف صدقاً . فاذا كلف عالماً بكذبه فهي اليمين المحرمة التي تسمى « القموس » ( بفتح القين ) لأنها تغمس صاحبها في الاثم .

( ١ ) - بل الطلاق والعتاق مما يعتبر فيه الهزل كالجد كما تقدم ( ر : ف ١٨٢ ) .

من الوالد أجراً عن الولد ، وطلب الوالد من الأستاذ أجراً عنه ،  
فمن يستحق الأجر منها على الآخر ؟

قالوا : يلجأ الى تحكيم العرف ، فإذا كان عرف البلدة أن يأخذ  
الأستاذ أجراً أو أن يدفع اتباع العرف .

( ر : المجلة / ٥٦٩ و ١٠ القواعد الفقهية » للحمزاوي في مسائل  
الإجارة ص / ٧٦ ) .

وفي عصرنا هذا أصبح اسم « الأستاذ » معناه المدرس للعلوم ، فلا  
يصح تنزيل ذلك النص الفقهي على هذا المعنى الحادث ، إذ لا يتأتى هذا  
التفصيل فيه ، لأن رب الصنعة يعلم الولد إياها عن طريق إستخدامه  
فيها فينتفع فيها من عمل الولد ، ولذا يختلف عرف القوم في أخذ  
الأجرة وإعطائها بحسب حاجة الصناعة الى الأجير ، ورغبة الناس في  
تعلمها ، واشتمالها على أسرار لا يفهمها الصانع إلا بالتفهم والتدريب  
الخاص ، وهذا لا يتأتى في الأستاذ المدرس للعلوم ، فإن التدريس  
خدمة أبدأ من المعلم المتعلم .

قال ابن نجيم في الأشباه والنظائر تحت القاعدة السادسة : ١٣٣/١

ما نصه :

« العرف الذي تحمل عليه الالفاظ إنما هو المقارن السابق دون  
المتأخر ، ولذا قالوا : لا عبرة بالعرف الطارئ » .

وقد عرفت أن عدم اعتبار العرف الطارئ في تخصيص معاني  
النصوص وتقييدها لا ينحصر في العرف اللفظي ، فالعرف العملي

الطارئ ليس له أيضاً هذا السلطان تجاه النص ، ولو كان عرفاً عاماً ،  
إلا أن يكون النص معطلاً بالعرف أو معطلاً بعلّة يزيلها العرف كما  
سنرى قريباً (ف/٥٢٤-٥٢٩) .

**٥٢٣** — هذا هو المبدأ الفقهي المقرر عند تعارض العرف  
والنص التشريعي العام ، يتلخص بأنه :

( أ ) — إذا كان العرف قائماً عند ورود النص كان للعرف العام  
في الاجتهاد الحنفي سلطان يخص النص ، ويفيد قصر حكمه على غير  
الأمر المتعارف ، وليس للعرف الخاص مثل هذا السلطان إلا على رأي  
ضعيف مرجوح .

( ب ) — وإذا كان العرف حادثاً فإنه لا يصلح مخصصاً للنص العام  
السابق ، بل العبرة لعموم النص دون العرف ولو كان العرف عاماً .

**٥٢٤** — العرف الذي نزول به على النص المعارض يعتبر ولو  
كان حادثاً :

على أن تتبع الفروع الفقهية والنظر في تعليلاتها التي يعلل بها الفقهاء  
بدل دلالة واضحة على أن العرف الحادث ، ولو خالف ظاهر النص  
التشريعي ، يعتبر ويحترم في حالتين :

( ١ ) إذا كان النص التشريعي نفسه معطلاً بالعرف : أي مبنيّاً على  
عرف عملي قائم عند وروده ، فعندئذ إذا تبدل ذلك العرف يتبدل  
تبعاً له حكم النص ، ولو كان النص خاصاً بالموضوع . وهذا الرأي

انفرد به أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة ، وهو الرأي الأقوى مدوكاً وحجة وان كان الجمهور على خلافه .

وهذه الحالة قد تقدم بيانها وأمثلتها في البحث عن اصطدام العرف بالنص الخاص فليرجع إليه ( ف / ٥١٤ - ٥١٥ ) .

٢ ) وإذا كان النص التشريعي معطلاً بعلّة ينفيها العرف الحادث ، سواء أكانت علّة النص مصرحاً بها فيه أو مستنبطة استنباطاً بطريق الاجتهاد .

ففي مثل هذه الحال يعتبر العرف الحادث ويحترم وان خالف النص لأن هذه المخالفة تصبح ظاهرة غير حقيقية ما دامت علّة النص تنفي بوجود العرف ، إذ من المقرر في قواعد الأصول ان الحكم الشرعي يدور مع علته ، فيثبت عند ثبوتها ، وينتفي بانتفائها .

### ٥٢٥ - الشواهد الفقهية على هذا المبدأ

وهناك شواهد فقهية عديدة على هذا المبدأ في اعتبار العرف الحادث نورد بعضها فيما يلي :

### ٥٢٦ - الشاهد الأول

يذكر فقهاء الحنفية في بحث الشرط الفسر في عقود المعاوضات ، كالبيع ، أن الشرط المفسد لعقد المعاوضة هو كل شرط تشترط فيه منفعة خارجة عن الحكم الوصلي للعقد وعمما يؤتم ، كشرط المشتري على البائع طحن الخنطة المشتراة ، أو حمل البضاعة على حسابه ، أو اصلاح

الآلة المبيعة إذا تعطلت عند المشتري ، أو اشتراط اليا ناع أن يستعمل المبيع مدة بعد البيع فكل ذلك في أصل نظريتهم شروط مفسدة .

وقد أخذ الحنفية في ذلك بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام أنه قد نهى عن بيع وسرط ، كما تقدم بيانه في بحث سلطان الارادة العقدية من نظرية العقود ( ف / ٢١٥ و ٢١٩ و ٢٢٠ / والهداية وشرحها ٧٦٦ - ٧٨ ) .

وقد استثنوا من هذا النص نوعين من الشروط التعاقدية حكموا بصحتها وإلزامها إذا اشترطا في العقد ، وهما :

( ١ ) - الشرط الذي ورد بجواز نص شرعي ، كشرط الخيار ( ر : ف / ١١ - المثال ٨ ) .

( ٢ ) - الشرط الذي عارف الناس اشتراطه .

فالشروط التي تعتبر عند الحنفية مفسدة بحسب تفسيرهم لهذا النص الوارد في السنة إذا تعورف شيء منها يصبح بالعرف صحيحاً ملزماً واجب الاحترام شرعاً ، ولو كان العرف فيه حادثاً .

ومن فروع هذا النظر تصحيحهم بيع الوفاء لجريان العرف به ، رغم أنه في الأصل يقوم على أساس اشتراط مفسد عندهم ، وقد أفتوا أولاً بفساده قبل أن يفشوا فيه العرف ( ر : ف / ٨٠ و ٢٧٤ ) .

**٥٢٧** - ومبتدئ الفقهاء في ذلك هو النظر الى علة الحديث النبوي الذي نص على منع الشرط في البيع ، فقد اعتبروا أن الغرض

التشريعي منه هو منع سبب المنازعة ، لأن هذه الشروط الزائدة على أصل عقد البيع يفضي تنفيذها وكيفيته الى النزاع غالباً ، فرأوا أن العرف اذا جرى على بعضها ينفي النزاع إذ يجعل الأمر معلوماً مأثوماً فلا يكون العرف قاضياً على النص بل موافقاً لغرضه وروحه ولو كان عرفاً حادثاً<sup>(١)</sup> ( ر : العناية شرح الهداية باب البيع الفاسد ٦/٧٦-٧٧ ) . ولم يوجبوا التصحيح الشرط المتعارف أن يكون العرف فيه عاماً بل يكفي العرف الخاص ، فان الشروط الممكنة متنوعة أنواعاً لا تحصى وهي في كل مكان وزمان بحسب حاجات أهله . فقد يتعارف في بلد

---

\* (١) - يتضح من ذلك ان اعتبار العرف الحادث الخالف في الظاهر لمعوم النص التشريعي العام ليس من قبيل تخصيص النص العام بعرف حادث ، لأن من شرائط تخصيص النص التشريعي العام ان يكون دليل تخصيصه مقارناً له في الوجود كما تقدم ، إذ التخصيص تفسير لمراد الشارع من نصه منذ صدوره عنه . فلا يمكن أن يعتبر النص العام النافذ على عمومته مخصصاً منذ صدوره بعرف سيحدث فيما بعد ، وربما لا يحدث .

ولكن اعتبار العرف الحادث الذي يزيل علة النص هو نتيجة لاعتبار النص مخصصاً يقتضي علة ، فهو تخصيص بالعلة لا بالعرف الحادث . فالنص المانع للشرط في البيع ، بعد أن حدد الاجتهاد علة المنع فيه ، يعتبر منذ صدوره مخصصاً ومقصوراً على الحالات التي تتحقق فيها علة ، دون سواها من الحالات التي تنتفي فيها تلك العلة . ومن هذه الحالات التي تنتفي فيها علة هذا النص صيرورة الشرط متعارفاً .

فالتخصيص هنا في الحقيقة اما هو تخصيص بعلة النص ؛ وما اعتبار العرف الحادث اذا كان نافياً لتلك العلة الا تطبيق لذلك التخصيص السابق الاعتبار .

من الشروط العقدية ما لا يتعارف في غيره ، فيصح من كل قوم أن يشترطوا في بيعهم وسائر معاوضاتهم ما يتعارفونه من الشروط ما لم يوجد نص خاص يمنع شرطاً مخصوصاً بعينه ، فحينئذ لا يعتبر عرف على خلافه ، كما يعلم مما تقدم في بحث تصادم العرف مع النص الخاص .  
( ر : « العناية » أيضاً و « فتح القدير » ، في المحل المذكور / ورد المختار ٤ / ١٢١ - ١٢٣ ) .

### ٥٢٨ - الشاهد الثاني

ويصرح أيضاً فقهاء الحنفية في بابي الربا والقرض من كتاب البيوع بأنه يجوز اقتراض الخبز عدداً بين الجيران ، لأن ذلك أصبح متعارفاً بينهم للحاجة إليه . وهذا رأي الامام محمد صاحب أبي حنيفة ، وهو الراجح المفتى به في المذهب . فيجوز ذلك ولو اختلف رغي القرض عن رغي الوفاء وزنا ، مع أن الخبز مال ربوي من صنف الموزونات . والنصوص العامة في الشريعة توجب التساوي في مبادلة الأموال الربوية بجنسها وزناً في الموزونات وكيلاً في المكيلات وتعتبر الفضل الزائد في أحدها عن الآخر ربا محرماً ، وعقده باطلاً أو فاسداً ، بل إن شبهة الربا كتحققه في الحرمة والمنع باتفاق الفقهاء ( ر : الهداية وشرحها ٦ / ١٥٤ ) .

وهذا التجويز لاقتراض الخبز عدداً بين الجيران دون نظر الى تفاوت الوزن قد استند فيه الامام محمد الى العرف الشائع محتجاً بأنه



قد تعارف الجيران اهرار فرق الوزن واعتبار العدد فقط ( ر : رد المختار ١٨٧/٤ ) .

وبذلك أصبح هذا التعامل غير صالح لأن يتخذ طريقا للرأية الممنوعة شرعا ، فكانت علة النصوص العامة في تحريم الربا ( وهي الاسترباح ) غير متحققة بهذا الطريق ، والحكم يدور مع علته ولا يوجد نص خاص يمنع اقتراض الخبز عدداً بين الجيران على سبيل التخصيص والتعيين ليكون هذا العرف مصادماً للنص الصريح فأصبح المقياس المنظور اليه هو علة النصوص العامة في منع الربا ، وهذه العلة لا تتحقق في هذا العرف بين الجيران حيث لا يعتبرون فرق الوزن بين الارغفة .

### ٥٢٩ — الشاهد الثالث

في قضية تفاوت وزن الدنانير قرر العلامة المحقق ابن عابدين في رسالته نشر العرف ، انه اذا تعددت اصناف النوع الواحد من النقود ، وكان أحدهما أثقل والآخر أخف ، كالدينار المحمودي الجهادي والدينار العدلي ، وكأصناف الريال الفرنسي في عصره ، فان هذا الفرق في الوزن — وان كان ظاهرا في جميع الموازين — يجوز معه دفع الاثقل بدلا من الأخف ، أو العكس ، في المدائيات والقروض والعقود ، ولا يكون ذلك ربا محرما مادامت القيمة واحدة <sup>(١)</sup> وقد علل

---

(١) — تقدمت الإشارة الى هذه المسألة في بحث الاستحسان ( ف ١٨/٣

في الحاشية ) .

ذلك بأن الناس لا ينظرون إلى هذا التفاوت في الوزن عالم مختلف به  
القيمة ، وقد ركز هذا العرف في عقولهم من عالم وباهل فيتبعين الوفاء  
به تخريجاً على رأي أبي يوسف في النص المعلل بالعرف<sup>(١)</sup>.

ومعنى هذا ان العرف بين الناس على اهدار فرق الوزن مع  
اتحاد القيمة قد نفى علة النص الذي يعتبر الزيادة ربحاً محرماً ، فصار  
كالنص المعلل بالعرف في رأي أبي يوسف يتبدل حكمه تبعاً لتبدل  
العرف .

( ر : «رسالة نشر العرف» في مجموعة رسائل ابن عابد بن ١١٩/٢ ) .

٥٣٠ — هذه طائفة من الشواهد الفقهية المقررة تنطق هي  
وتعليقاتها المنقولة عن الفقهاء بأن العرف اذا كانت تزول وتنتفي به  
علة النص المعارض يحترم شرعاً ولو كان عرفاً حادثاً .

أما اذا كانت علة النص المعارض لا ينفيها العرف الحادث ، فلا عبرة  
لهذا العرف تجاه عموم النص ، لأن اعتبار العرف الحادث عندئذ  
يكون نسخاً للنص ، والعرف ليس له هذا السلطان . ( ر : الموافقات  
٢/٢٨٣ — ٢٨٤ / وفتح القدير ١٥٧/٦ طبعة الميمنية ) .

فاذا اعتاد الناس بعض العادات المذكورة شرعاً بمقتضى النصوص  
الشرعية العامة وتعارفوها في بعض المواسم أو المآتم ، كاعتقاد الحداد  
على الموتى بصورة تتجاوز الحدود المشروعة فيه مدة أو مظهراً كرقص

---

(١) فان أبا يوسف يقول عندئذ بأن حكم النص يدور مع العرف ويتبدل

بتبدله كما تقدم ( ر : ف / ٥١٤ و ٥١٥ و ٥٢٤ ) .

الرجال مع النساء في الأفراح والاحتفالات مما يعد في الشرع فسقاً منكراً ، وكاعتقاد كشف نواح من حدود عورة البدن في بعض الأعمال أو الألعاب ، أو تعارف الربا في بعض الأحوال أو ببعض المقادير ، فانه لا يكون في اعتيادهم لذلك وأمثاله مسوغ ولا حجة ، بل يجب منعه وقعه ، لأن المحرمات والمنكرات جميعاً انما منعتها الشريعة لما فيها من مفسد ومساوىء تفسد الاسرة والمجتمع ، وتخرج بالحياة الاجتماعية عن سنن الصلاح والكمال الذي تهدف الشريعة الى التوجيه اليه . فاعتياد الناس شيئاً من هذه المنكرات والمفاسد المقبوحة شرعاً لا يزيل علة تحريمها ، لأن تحريمها لم يكن مستنداً الى عدم اعتيادها ، بل الى خبث نتائجها ، وهذا يعم ويزداد باعتيادها ولا يقل<sup>(١)</sup> .

---

★ (١) بحث العلامة المحقق ابن عابدين رحمه الله في حكم تعارض العرف والنص في رسالته « نشر العرف » واستخلص من أقوال الفقهاء ضابطاً خلاصته انه :

« اذا خالف العرف النص من كل وجه بأن كان النص خاصاً في الموضوع بحيث يلزم من العمل بالعرف ترك النص فلا شك في رد العرف ، كتعارض الناس كثيراً من المحرمات الممنوعة بنصوص خاصة بها . وأما اذا لم يخالفه من وجه ، كما لو كان النص عاماً والعرف يخالفه في بعض تطبيقاته ، فان العرف حينئذ معتبر اذا كان عرفاً عاماً . لأن العرف العام يصلح مخصصاً للنص » .

ولم يميز في هذا الضابط بين العرف القائم عند ورود النص ، والحادث بعده واستند ابن عابدين في ذلك الى نص نقله عن « التحرير » للكمال بن الهمام . ولكن الاستاذ الجليل محمد فهمي ابو سنة في رسالته « العرف والعادة في =

= رأي الفقهاء « التي ظهرت خلال الطبعة الثالثة من كتابنا هذا قد رد ما حققه ابن عابدين في هذه القضية رداً وجيهاً ، وبين أن كلام صاحب التحرير هو في العرف القديم القائم عند ورود النص التشريعي ، أما العرف الطائري فلا يصلح لتخصيص النص العام ، ولو كان عرفاً عاماً .

وهذا صواب . غير ان الاستاذ أياً سنة قد اختار أساساً آخر خلاصته :

و ان العرف الطائري اذا كان له مستند شرعي من نص خاص أو اجماع أو ضرورة ملجئة يعتبر ولو خالف النص الخاص ، والا فلا .

وقد أفاض في شرح هذه الناحية ( ر : رسالة العرف والعادة في رأي

الفقهاء ، ص / ٩٤ - ١٠٠ ) .

والذي أراه : ان ما ذهب اليه الاستاذ أبو سنة - على صحته في ذاته - يخرج بالمسألة عن موضوعها ، لأن العرف المخالف لبعض النصوص اذا دمه نص آخر أو اجماع ضرورة معتبرة يقتضي النصوص الشرعية العامة الإضافية للمخرج لم تبق المسألة من قبل التعارض والتخصيص بين العرف والنص ، بل بين نص ونص آخر أو اجماع ( كما أشار اليه هو نفسه ) ، وهذا خلاف موضوع المسألة ، كما أن هذا الأساس عسير الضبط والتحقيق عند حدوث المسائل .

ولذا أرى أن الأصل الصحيح في هذه القضية هو ما حققناه هنا من ان العرف الطائري اذا كان - زيلاً لعمدة النص العام المخالف له في الظاهر فيعتمد - يعتبر ، والا فلا ؛ وان اعتباره عندئذ ليس من قبيل تخصيص النص بعرف طائري عليه ، بل من قبيل التخصيص بالعمدة ؛ لأن النص العام يعتبر عندئذ محضاً بديل مقارن موعته المصراحة أو المستنبطة ، واعتبار العرف الحادث الذي ينفي تلك العمدة هو تطبيق للنص بعد ذلك التخصيص .

وقد رأينا شواهد هذا الأصل وأدلته من نصوص فقهاءنا في مسائل : منها مسألة تصحيح الشرط العقدي المفسد اذا جرى به عرف ، وتعليقه الفقهي بما يشهد لهذا الضابط الذي حققناه .

=

## الفرع الثالث

حالة تعارض العرف والاجتهاد

٥٣١ - أو - في الاجتهاد المستند الى قياس نظري أو استحسان

أو استصحاب .

الأحكام الاجتهادية التي يثبتها الفقهاء المجتهدون استنباطاً وتخريجاً عند عدم النص الشرعي عليها ؛ إما أن تكون ثابتة بطريق القياس النظري على حكم أوجبه الشارع بالنص ، لاتحاد العلة بين الحكم المقيس عليه والمقيس ؛ وإما أن تكون ثابتة بطريق الاستحسان أو الاستصلاح عندما لا يوجد حكم مشابه منصوص يقاس عليه .

والاجتهادات الاسلامية تكاد تكون متفقة على أن الحكم القياسي يترك للعرف ولو كان عرفاً حادثاً ، لأن المفروض عندئذ أن هذا العرف لا يعارضه نص خاص ولا عام معارضة مباشرة . والعرف غالباً دليل الحاجة ، فهو أقوى من القياس ، فيترجح عليه عند التعارض ( ر : نشر العرف لابن عابدين في مجموعة وسائله ١١٦/٢ ) .

بل لقد ذكر العلامة المحقق ابن الهمام في شرح الهداية « ان عرف بمنزلة اجماع شرعاً عند عدم النص » ( ر : فتح القدير ١٥٧/٦ ) .

= وهذه القضية في الواقع تعتبر من أدق المواطن الفقهية الاصولية ، واكثرها اشتباهاً على المحققين .

ومن المعلوم أن ترجيح العرف على القياس يعتبر عند الحنفية والمالكية من قبيل التمسك الذي تترك فيه الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف .

وإذا كان العرف يترجح على القياس الذي يستند إلى نص تشريعي غير مباشر فهذا يدل على أنه يترجح أيضاً على الاستصلاح الذي لا يستند إلى نص ، بل إلى مجرد المصلحة الزمنية التي هي عرضة للتبدل بحسب اختلاف الأزمنة وما يجد فيها من أوضاع ومقتضيات .

٥٣٢ - ومن فروع هذا المبدأ في الاجتهاد الحنفي التطبيقات

التالية :

( ١ ) - أن يبيع النحل ودود القز غير جائز عند أبي حنيفة لأنه لم يعتبرهما من الأموال ، قياساً على سائر هوام الأرض كالوزغ والضفادع . ولكن الإمام محمداً من أصحابه حكم بماليتها وصحة بيعها للجريان التعامل بهما في عرف الناس بيعاً وشراءً .

( ٢ ) - أن الأصل القياسي يقضي بأن على الحاكم أن يستمع إلى كل دعوى ترفع إليه ، ثم يقضي للدعي أو عايه بحسب ما يثبت لديه .

ولكن الفقهاء تركوا هذا القياس فيما إذا ادعت الزوجة المدخول بها أن زوجها لم يدفع إليها شيئاً من معجل مهرها ، وطلبت القضاء عليه بجميع المهر المعجل ، فقالوا : لا تسمع دعواها هذه ، بل يردها القاضي دون أن يسأل عنها الزوج ، وعللوا ذلك بالعرف ، لأن عادة الناس

مطردة لا تكاد تختلف في أن المرأة لا تزف الى زوجها ما لم يدفع بعض المهر المعجل أو كله . فتكون دعواها هذه مما يكذبه ظاهر الحال بعد الدخول ، فلا تسمع ( ر : رد المختار باب المهر ٣/٣٦٣ ) وتقيح الفتاوى الحامدية أول المهر ٢٠/١<sup>(١)</sup> .

(٣) أن القواعد القياسية تقضي بأنه لا يجوز دفع الدين لغير صاحبه ، ولا ينفذ قبضه على الدائن ما لم يكن للقابض نيابة عن الدائن من ولاية أو وكالة .

ولكن الفقهاء تركوا القياس في البنت البكر البالغة اذا قبض أبوها ، أو جدها عند عدم الأب ، مهرها من زوجها حين زواجها ، واعتبروا هذا القبض نافذاً عليها ، ومبرئاً لذمة الزوج ، للعرف والعادة ، ما لم يصدر منها نهي عن دفع المهر الى سواها .

---

(١) - يلحظ هنا أن هذا العرف في زماننا لم يبق اليوم مطرداً في بلادنا الشامية وإن كان لا يزال غالباً ، فكثير من النساء يزفن دون قبض شيء من المهر تيسيراً على الزوج . فينبغي سماع هذه الدعوى اليوم .

وقد نقل شهاب الدين اقراني في كتابه « الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام وتصرفات القاضي والامام » عن مالك أن الزوجة اذا ادعت بعد الدخول بها عدم قبض صداقها فالقول للزوج ، مع أن الأصل القياسي عدم القبض .

ونقل بعده عن القاضي اسماعيل أن هذا مبني على ما كان من عادة أهل المدينة في عصر مالك أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها ، قال :

« واليوم عاداتهم على خلاف ذلك ؛ فيصبح القول قول المرأة مع عيبتها في عدم القبض لاختلاف العوائد .. »

( ر : الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام في جواب السؤال ٢٩/ص ٦٨ )

هذا، الى فروع كثيرة ترك الفقهاء فيها حكم القياس للعرف المخالف.

٥٣٣ - (ب) - في القياس المستند الى هذه هرفية :

واذا كان هذا سلطان العرف في الفقه تجاه القياس المستند الى الشبه الذاتي في العلل بين الأحكام المنصوصة والأحكام المقيسة ، فانه يدلنا بطريق اولوجية على تبدل الأحكام القياسية بتبدل العرف عندما تكون علة القياس نفسها مبنية على العرف ، فعندئذ يكون هذا التبدل في الحكم تبعاً لتبدل العرف ليس خروجاً على القياس بل تمشياً معه .

(١) - في المذهب الحنفي كان رأي إمامه أبي حنيفة أن غاصب الثوب اذا صبغه بأسود يعتبر ذلك تعيباً له ، فيخير المالك بين أن يتركه له فيضمنه قيمته كما غصبه غير مصبوغ ، أو أن يأخذ الثوب مع تضمين الغاصب نقصان قيمته بهذا الصبغ ، وفقاً للحكم العام القياسي في تعيب المغصوب عند الغاصب .

فلما تبدل عرف الناس في اللون الأسود وأصبح مرغوباً فيه لما اغتذ به العباسيون شعاراً ، قال صاحبان : بأن صبغ الغاصب الثوب بالأسود يعتبر زيادة فيه لا تعيباً له ، فيطبق عليه حكم زيادة الغاصب في المغصوب ، فيخير المالك بين تركه له وتضمينه قيمته غير مصبوغ ، أو أن يأخذه ويرفع للغاصب قيمة الزيادة ، صيانة لحقيهما . وقد نص فقهاء المذهب على أن هذا الاختلاف عن أبي حنيفة وصاحبيه في هذه المسألة وكثير من أمثالها إنما هو اختلاف عرف وزمان لا اختلاف



نظر وبرهان ، فلو كان أبو حنيفة حياً لقال بما قال صاحبه عند تبدل  
العرف ( ر : كتاب الغصب في « الكفاية » شرح الهداية ٨ / ٢٧١ /  
وفي رد المختار ١٢٥ / ٥ ) .

( ٢ ) — وفي المذاهب الأخرى ذكر القرافي المالكي في كتابه  
« الأحكام » أن الافتاء بالأحكام التي مستندها العوائد بعد تغير تلك  
العوائد هو خلاف الاجماع ، ووصف ذلك بأنه : « مهانة في الدين »  
عن يقولون : « إننا مقلدون ليس لنا إلا أن نفقي بما في الكتب من الأحكام  
المنقولة عن المجتهدين » وقد بين أن تغير تلك الأحكام وفقاً للعوائد  
المتجددة ليس إنشأه اجتهد ينقض اجتهد المجتهدين ، بل هو تطبيق  
لقاعدة أجمع عليها المجتهدون في الشريعة وأوجبوا السير في ظلها<sup>(١)</sup> .

## الفصل الرابع

مقارنة العرف بالقرائن العرفية ، واختلاف الزمان

٥٣٤ — اعتاد الباحثون في موقع العرف وسلطانه ومدى  
اعتباره في الفقه الاسلامي أن يدخلوا في بحثه وأمثله مسائل القرائن  
العرفية ، ومسائل تغير الزمان التي تبدل فيها الأحكام بحسب الأحوال

---

(١) — « الأحكام » لقرافي السؤال ٣٩ / ص ٦٨ و « نشر العرف »  
لابن عابدين في مجموعة رسائله ١٢٥ / ٢ ، ورسالة « العرف والعادة » للاستاذ  
أبي سنة ص ١٠٥ .

الخاصة والأخلاق العامة<sup>(١)</sup> .

ونحن نرى أن هذين الموضوعين ، على ما لهما في الفقه الاسلامي من خطر وعظيم أثر في إثبات الاحكام وتبديلها ، لا يصح إدماجهما في مفهوم العرف ، لأنها يؤلفان موضوعين مستقلين ، ونوعاً من الأدلة الشرعية متميزاً عن العرف بمفهومه الفقهي الخاص ، وإن كان بينهما وبين العرف تقارب وتناسب .

ونحن اجتنبنا التمثيل بشيء من أمثلتها في جميع مباحثنا السابقة عن نظرية العرف لهذه الملاحظة .

وسنشرح فيما يلي كلاً منها في فرع من البحث على حدة للمقارنة ، كي ينجلي الفرق بينها وبين العرف .

## الفرع الأول

القرائن العرفية

٥٣٥ — القرائن جمع قرينة ، والمراد بها كل ماودة ظاهرة تخارن شيئاً خفياً فتدل عليه . وهي مأخوذة من المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة . ودلالة القرائن على مدلولاتها تتفاوت في القوة والضعف تتفاوتاً كثيراً : فقد تصل في القوة الى درجة الدلالة القطعية ، كالرماد أو

---

(١) - ر : « نشر العرف » للعلامة ابن عابدين ، ورسالة « العرف

والعادة في رأي الفقهاء » للاستاذ محمد فهد أبي سنة ، وما فيها من أمانة مختلطة .

الدخان ، فإنها قرينة قاطعة على وجود النار . وقد تضعف حتى تنزل دلالتها الى مجرد الاحتمال .

والقرينة قد تكون عقلية وقد تكون عرفية :

فالقرينة العقلية : هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها ثابتة يستنتجها العقل دائماً ، كوجود المسروقات عند المتهم بالسرقة .

والقرينة العرفية : هي التي تكون هذه النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف أو عادة تتبعها دلالتها وجوداً وعدماً ، وتبدل بتبدلها ، كشراء المسلم شاة قبيل عيد الأضحى ، فإنها قرينة على قصد الأضحية ، وكشراء الصانع خاتماً فإنه قرينة على أنه اشتراه للتجارة . فلولاً عادة التضحية عند الأول ، والتجارة بالمصوغات عند الثاني لما كان ذلك قرينة .

٥٣٦ — درجات اعتماد الفقهاء على القرائن بنوعها في القضاء .

والفقه الاسلامي قد اعتبر القرائن ، مهما كان نوعها ، من الأدلة المثبتة التي يعتمد عليها في القضاء بدرجات مختلفة :

أ) — فإذا كانت القرينة قطعية كانت وحدها بينة نهائية كافية للقضاء ، كما لو روي شخص خارجاً من دار وهو مرتبك وفي يده مسكين ملوث بالدم ، ووجد في الدار شخص ذبيح يضطرب ، فيعتبر الخارج هو القاتل ( ر : المجلة / ١٧٤١ / وشرحها ) .

ب) — أما إذا كانت غير قطعية الدلالة ولكنها أغلبية ، فإن الفقهاء يعتمدونها دليلاً أولاً يترجح بها زعم أحد المتخاصمين مع يمينه حتى يثبت خلافها بينة أقوى .

ومن هذا القبيل **الفرائض العرفية** . فهم يعتبرونها من قبيل ما يسمونه :  
« **الظاهر** » أي ظاهر الحال . ودلالة الظواهر غير القطعية هذه هي قوتها  
الاثباتية أمام القضاء ؛ فهي تعتبر مرجحات أولية لزعم من تشهد له  
من الخصمين حتى يثبت خلافها .

**٥٣٧** — أمثلة **أحكام الفقهاء على الفرائض العرفية في الحلول القضائية** .

وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء حلولاً قضائية كثيرة في شتى  
الحوادث ، فنصوا على أنه :

( ١ ) — إذا اختلف الزوجان في بعض أمتعة البيت أنها ملك الرجل  
أو المرأة ، ولا بينة لأحدهما ، يترجح قول الرجل يمينه فيما يستعمله  
الرجال عادة كالسيف وثياب الرجال فيحكم له به مبرئاً ؛ ويترجح  
كذلك قول المرأة فيما يستعمله النساء كثيابهن وأدواتهن ؛ وذلك بقرينة  
عادة الاستعمال وعرفه ، وإن كان من المحتمل أن يملك كل منهما ما هو  
في العادة من حوائج الآخر .

وهذا ما لم يكن أحدهما صانعاً أو تاجراً في النوع الصالح للآخر  
فإن كان كذلك فالقول عندئذ له في ملكيته لانعكاس الآية .

أما ما يصلح لكل منهما كالملفروشات والخزائن فيترجح فيه مبدئياً  
قول الزوج ، لأنه يعتبر هو صاحب اليد عليه ، واليد قرينة أخرى من  
دلالات **الظاهر على الملك** ( ر : المجلة / ١٧٧١ / وشروحها ، و « معين  
الحكام » القسم الثاني الباب / ٢٨ / في القضاء بالعرف والعادة ص / ١٦١ /  
والباب / ٥٠ / في القضاء بالقرائن ص / ٢٠٤ ) .

(٢) — وكذلك قالوا في سفينة مشحونة دقيقاً إذا اختلف ملاح وتاجر دقيق على ملكيتها بما فيها ، ولا بينة لأحدهما : أنه يحكم مبرئاً بالدقيق لتاجرهم ، وبالسفينة للملاح ، حتى تقوم بينة على إثبات خلافه . وهكذا اعتبروا سائر القرائن العرفية المشابهة من المرممات الدولية التي يعتمدها القضاء مع اليمين في ترجيح قول أحد الخصمين .  
( ر : المجلة ، باب : القول لمن ) .

وهذا أيضاً مذهب المالكية نص عليه صاحب « التبصرة » فيما لو اختلف عطار ودباغ في العطر والجلد ، أو اختلف فقيه وحداد في نحو الجبة والكبير الخ .. تفريعاً على أصل القضاء بالعرف والعادة .  
أما الشافعية فلم يقبلوا القضاء بهذه القرائن على ظن أنه يخالف الحديث النبوي القائل « البينة على المرءي واليمين على من أنكر » .  
والواقع أنه ليس بينهما مخالفة كما أوضحه صاحب « تهذيب الفروق » (١) .

٥٣٨ — يتضح لك من الامثلة السالفة أن القرائن العرفية هي دلائل قضائية يرجح معها العقل احتمالاً على آخر ترجيحاً يستند فيه الى علاقة وصلة يؤيدها الأمر المتعارف المعتاد فرجعها في النهاية الى

---

(١) — ر : رسالة « العرف والعادة » للاستاذ أبي سنة ص ١١٨-١١٩ /  
تقلا عن تكملة فتح القدير ، وتكملة رد المحتار ، والبحر آخر باب التحالف ،  
والزبيعي أول كتاب الدعوى ، والتبصرة في الفقه المالكي ٥٨/٢ . وتهذيب  
الفروق المطبوع في هامش فروق القرافي : الفرق ١٦٠ / ج ٣ ص ١٨٥ / والمهذب  
لشيرازي في الفقه الشافعي ج ١ ص ٣٣٥ .

حكم العقل<sup>(١)</sup> وليست من صلب نظرية العرف الذي يحكم في تحديد الحقوق والالتزامات، وتقييد التصرفات، وتفسير العقود، وتخصيص النصوص وتعيين مراد الشارع وكل متكلم، وله سلطان في توجيه المسؤوليات كوكيل عن الشارع في كل ماسكت عنه نص الشارع والعائد.

على أن القرائن العرفية نظراً إلى أن مستند الدلالة فيها إنما هو العادة، يمكن بهذا الاعتبار أن تلحق ببحث العرف الحاقاً كما فعلنا هنا، لأن أن تحشر مسائلها في صلب مباحثه.

هذا، وقد أشرنا في مناسبة سابقة من بحث الاستصلاح إلى أن القرائن نوعان :

( الأول ) — فرائض سرعية أو قانونية : وهي التي يعتمد عليها الشارع أساساً في إيجاب بعض الأحكام :

( والثاني ) — فرائض قضائية : وهي التي يتخذها القاضي دليلاً في تمحيص الوقائع وإثباتها، ويعود إليه تقدير دلالتها ( ر : ف / ٢٠ ح ) . فالقرائن الشرعية أو القانونية هي في الأغلب من نوع القرائن العقلية ، لأن الشارع يبنى عليها حكماً ثابتاً ، فيجب أن يقام على نسبة ثابتة بين الدلالة ومدلولها كما في حكم التقادم ( مرور الزمان ) ،

---

(١) — وقد قدمنا نقلاً عن علماء الأصول في تعريف العادة أنها : « الامر المتكرر من غير علاقة عقلية » . والمادة اخت العرف ( ر : ف / ٤٨١ ) .

وطلاق الفرار<sup>(١)</sup>.

أما القرائن القضائية فقد تكون عقلية أو عرفية ، لأن القضاء يستأنس بجميع الأدلة ولو وقتية .

## الفرع الثاني

العرف وتغير الزمان

٥٣٩ — من المقرر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية فان هذه الأحكام تنظم أوجه الشرع يهدف الى اقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد . فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة . فكم من حكم كان تديراً أو علاجاً ناجعاً

---

(١) — طلاق الفرار : هو ان يطلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً دون رضاها وهو في مرض موته او في موقف يغلب فيه الهلاك . فقد اعتبر الاجتهاد الحنفي ان هذه الحالة قرينة شرعية على أن الرجل اراد بهذا الطلاق أن يحرم زوجته من ميراثه عند يأسه من الحياة ، لانه اذا كان يقصد الخلاص من سوء العشرة الذي شرع له الطلاق ، فهذا حاصل دون طلاق لانه في مرض الموت على باب الفراق الابددي . فلذا اوجبوا ميراث زوجته منه بشرائط معينة . وهذا من ابرز صور نظرية منع التصرف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي .

على انه قد تكون القرائن الشرعية او القانونية ايضاً من النوع العرفي الذي تستند فيه دلالة القرينة الى العادات العامة الدائمة كما في مسألة اختلاف الزوجين في امته البيت ومسألة السفينة واشباهاها .

ليثة في زمن معين ، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل الى المقصود منه ، أو أصبح ينضوي الى عكسه ، بتغير الاوضاع والوسائل والاخلاق . وعن هذا أفتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤها الأولون ، وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتوَاهم عن سبقهم هو اضمحلال الزمان وفساد الوجود ، فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم ، بل لو وجد الأئمة الأولون في عصر المتأخرين ، ورأوا اختلاف الزمان والأخلاق لعدلوا الى ما قاله المتأخرون .

( ر : « نشر العرف » لابن عابدين في مجموعة رسائله ٢ / ١٢٥ )  
وعلى هذا الاساس أسست القاعدة الفقهية القائلة « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الزمان » ( م / ٣٩ ) .

٥٤٠ — ماهي الاطراف التي يجب تغييرها بتغير الزمان ؟

وقد اتفقت كلمة فقهاء المذاهب على أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الزمان وأخلاق الناس هي : الاطراف الاجتماعية من قياسية ومصلحية : أي التي قررها الاجتهاد بناء على القياس أو على دواعي المصلحة ، وهي المقصودة بالقاعدة الآتفة الذكر .

أما الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها بنصوصها الاصلية الآمرة الناهية ، كحرمة المحرمات المطلقة ، وكوجوب التراضي في العقود ، والتزام الانسان بعقده ، وضمنان الضرر الذي



يلحقه بغيره ، وسريان اقراره على نفسه دون غيره ؛ ووجوب منع  
الاذى وقع الاجرام ؛ وسد النرائع الى الفساد ، وحماية الحقوق  
المكتسبة ، ومسؤولية كل مكلف عن عمله ونقصيره ، وعدم مؤاخذة  
بريء بذنب غيره ، الى غير ذلك من الاحكام والمبادئ الشرعية الثابتة  
التي جاءت الشريعة لتأسيسها ومقاومة خلافها ، فهذه لا تتبدل بتبدل  
الازمان ، بل هي الأصول التي جاءت بها الشريعة لاصلاح الازمان  
والاجيال ، ولكن وسائل تحقيقها وأساليب تطبيقها قد تبدل  
باختلاف الأزمنة المحدثه .

فوسيلة حماية الحقوق مثلا وهو القضاء كانت المحاكم فيه تقوم على  
اسلوب القاضي الفرد ، وقضاؤه على درجة واحدة قطعية ، فيمكن  
أن تتبدل الى أسلوب محكمة الجماعة ، وتعدد درجات المحاكم ، بحسب  
المصلحة الزمنية التي أصبحت تقتضي زيادة الاحتياط لفساد الذمم .

فالحقيقة أن الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان مهمات تغيرت  
باختلاف الزمن فان المبدأ الشرعي فيها واحد ، وهو احقاق الحق  
وجلب المصالح ودرء المفاسد ، وليس تبدل الاحكام الا بتبدل  
الوسائل والاساليب الموصلة الى غاية الشارع ، فان تلك الوسائل  
والاساليب في الغالب لم تحددها الشريعة الاسلامية ، بل تركتها مطلقة  
لكي يختار منها في كل زمان ما هو اصلحة في التنظيم نتاجا ، وأصبح في  
التقويم علاجاً .

عوامل تغير الزمان نوعان : فساد وتطور

٥٤١ — قد يكون تغير الزمان الموجب لتبديل الأحكام

الفقهية الاجتهادية ناشئاً عن فساد الاخلاق وفقدان الورع وضعف  
الوازع ، مما يسمونه : فساد الزمان .

وقد يكون ناشئاً عن حدوث أوضاع تنظيمية ووسائل زمنية  
جديدة من أوامر قانونية مصلحية ، وترتيبات ادارية ، وأساليب  
اقتصادية ، ونحو ذلك .

وهذا النوع الثاني هو أيضاً كالاول موجب لتغير الاحكام الفقهية  
الاجتهادية المقررة قبله اذا أصبحت لا تتلاءم معه لأنها تصبح عندئذ  
عبثاً أو ضرراً ، والشريعة منزهة عن ذلك ، وقد قدمنا نقلاً عن  
الموافقات للشاطي أنه : « دعب في السريعة » ( ر : ف / ٤٤٩ ) . وسنين  
فيما يلي أمثلة تغير الاحكام لتغير الازمان بنوعيه .

( اورد ) — تغير المصطلحات والمفاهيم لفساد الزمان

٥٤٢ — فن المسائل التي غير الفقهاء المتأخرون أحكامها التي

قررها اجتهاد الأئمة الأولين وعللوا ذلك بفساد الزمان : أي بفساد  
الاخلاق العامة ، القضايا التالية :

٥٤٣ — ( أ ) — من المقرر في أصل المذهب الحنفي أن المدين

تنفذ تصرفاته في أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرع ، ولو كانت  
ديونه مستغرقة أمواله كلها ، باعتبار أن الديون تتعلق بذمته فتبقى أعيان  
أمواله حرة ، فينفذ فيها تصرفه . وهذا هو مقتضى القواعد القياسية

ثم لما فسدت ذمم الناس ، وكثر الطمع وقل الورع ، وأصبح  
 المدينون يعمدون الى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها  
 أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق ، أفتى المتأخرون من فقهاء  
 المذهبين الحنبلي والحنفي بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين الا فيما يزيد عن  
 وفاء الدين من أمواله كما تقدم تفصيله في محله من نظرية الاهلية (ف/٤٦٢) .  
**٥٤٤ - (ب) -** في أصل المذهب الحنفي أن الغاصب لا يضمن  
 قيمة منافع المغصوب عن مدة الغصب ، بل يضمن العين فقط اذا  
 هلكت أو تعيت ، لأن المنافع عندهم ليست متقومة في ذاتها ، وإنما  
 تقوم بعقد الاجارة ، ولا عقد في الغصب <sup>(١)</sup> .

ولكن التأخير من فقهاء المذهب الحنفي نظروا تجرؤ الناس على  
 الغاصب . وضعف الوازع الديني في نفوسهم . فأفتوا بتضمن الغاصب  
 اجرة المثل عن منافع المغصوب اذا كان المغصوب مال وقف أو مال  
 يتيم أو معداً للاستغلال ، على خلاف الأصل القياسي في المذهب .  
 زجراً للناس عن العدوان لفساد الزمان .

وعلى هذا استقر العمل وجاءت المجلة ( ر : م / ٥٩٦ / وشرحها ) .  
 واستناداً الى العلة نفسها نستطيع أن نقول : إن قواعد الاجتهاد  
 الحنفي تتقبل مبدأ تضمين بدل منافع المغصوب مطلقاً في جميع الأموال ،

---

(١) . وقد ذهب الائمة الثلاثة الى عكس ما ذهب اليه الاجتهاد الحنفي ،  
 فاعتبروا المنافع متقومة في ذاتها كالأعيان ، وأوجبوا تضمين الغاصب اجرة  
 المثل عن المال المغصوب مدة الغصب ، سواء استوفى الغاصب منافعه أو عطلها .  
 وهذا الاجتهاد اوجه وأصلح ، كما سنرى في الجزء الثالث ( ر : ج ٣ ف ٦٨ - ٧٢ )

لا في هذه الأنواع الثلاثة فقط ، لزيادة فساد الذمم ، وكثرة الطمع في أموال الغير والتجاوز على الحقوق .

وهذا التعميم في تضمين المنافع توجهه النصوص القانونية لدينا اليوم ، وفيه المصلحة .

٥٤٥ - (ج) - في أصل المذهب الحنفي أن الزوجة اذا قبضت معجل مهرها تلزم بمتابعة زوجها حيث شاء .

ولكن المتأخرين لحظوا انقلاب الأخلاق وغلبة الجور ، وأن كثيراً من الرجال يسافرون بزوجاتهم الى بلاد نائية ليس فيها أهل ولا نصير ، فيسيئون معاملتهن ويجورون عليهن ، فأفتى المتأخرون بأن المرأة ، ولو قبضت معجل مهرها ، لا تجبر على متابعة زوجها الى مكان الا اذا كان وطناً لها ، وقد جرى فيه عقد الزواج بينهما ، وذلك لفساد الزمان وأخلاق الناس . وعلى هذا استقرت الفتوى والقضاء في المذهب <sup>(١)</sup> .

(ر: باب المهر من كتاب النكاح في الدرر ١/٣٤٧ وفي رد المحتار ٢/٣٦٠) .

٥٤٦ - (د) - في أصل المذهب الحنفي وغيره أن القاضي

---

(١) - يلحظ هنا ان المادة ٧١/ من « قانون حقوق العائلة العثماني » الذي كان نافذاً لدينا جاءت توجب على المرأة متابعة زوجها حيث شاء رجوعاً الى اصل المذهب لان الزوج ادرى بوطن رزقه .

والسبب في هذا الرجوع ان القانون المذكور قد فتح في المادة ١٣٠/ منه للمرأة طريق الخلاص بطلب التفريق القضائي ان لم يطلب لها المقام مع زوجها . ثم جاءت المادة ٧٠/ من قانون الاحوال الشخصية الصادر عام ١٩٥٣ ميلادية لدينا تقرر « اجبار الزوجة على السفر مع زوجها الا اذا اشتطت في العقد غير ذلك ، أو وجد القاضي مانعاً من السفر » .

يقضي بعلمه الشخصي في الحوادث : أي ان علمه بالوقائع المتنازع فيها يصلح مستنداً لقضائه ويعني المدعي عن اثبات مدعاه بالينة ، فيكون علم القاضي بواقع الحال هو الينة . وفي ذلك أفضية مأثورة عن عمر وغيره . ولكن لو حظ فيما بعد أن القضاة قد غلب عليهم الفساد والسوء وأخذ الرشا ، ولم يعد يختار للقضاء الأوفر ثقة وعفة وكفاية ، بل الأكثر نزاهة الى الولاة ، وسعيًا في استرضائهم ، وإلحافاً في الطلب .

لذلك أفنى المتأمنون بأنه لا يصح أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي في الوقائع ، بل لابد أن يستند قضاؤه الى الينات المثبتة في مجلس القضاء . حتى لو شاهد القاضي بنفسه عقداً أو قرصاً أو واقعة ما بين اثنين خارج مجلس القضاء ، ثم ادعى به أحدهما وجدها الآخر ، فليس للقاضي أن يقضي للمدعي بلاينة ، إذ لو ساغ ذلك بعدما فسدت ذمم كثير من القضاة لزعموا العلم بالوقائع زوراً وميلاً مع الأقوى وسيلة من الخصمين . فهذا المنع ، وان أضع بعض الحقوق لفقدان الاثبات ، يدفع باطلاً كثيراً . وهكذا استقر عمل المتأخرين على عدم نفاذ قضاء القاضي بعلمه .

— على أن للقاضي أن يعتمد علمه في غير القضاء من أمور الحسبة<sup>(١)</sup> والتدابير الادارية الاحتياطية كإلو علم بينونة امرأة مع استمرار الخلطة بينها وبين زوجها ، أو علم بغصب مال ، فان له أن يحول بين الرجل ومطلقة ، وأن يضع المال المغصوب عند أمين الى حين الاثبات<sup>(٢)</sup> .

(١) - انظر في معنى أمور الحسبة ما تقدم ( ف / ٥٨ ح ) .

(٢) - ر : د الدر المختار ورد المختار ، ٤ / ٣٥٥ و ٣٥٦ / و د الاشباه ، =

٥٤٧- (هـ) - من المبادئ المقررة في أصل المذهب أن العمل الواجب على شخص شرعاً لا يصح استجاره فيه ولا يجوز له أخذ أجره عليه. وعلى هذا لو امتنع الغاصب عن رد المغصوب الى مكان الغصب إلا بأجرة ، فدفعها له المغصوب منه لا يستحقها الغاصب ، بل تسترد منه . ولو امتنعت الزوجة عن القيام بالعمل الواجب عليها شرعاً ضمن البيت فاستأجرها لأجله الزوج لا تستحق الأجرة .

ومن فروع هذا المبدأ الفقهي أن القيام بالعبادات والأعمال الدينية الواجبة ، كالإمامة وخطبة الجمعة وتعليم القرآن والعلم ، لا يجوز أخذ الأجرة عليه في أصل المذهب ، بل على المقتدر أن يقوم بذلك مجاناً لأنه واجب ديني. (ر: «البدائع» شرائط المعقود عليه في الاجارة؛ ١٩١/٤ - ١٩٢). غير أن المتأخرين من فقهاء المذهب لحظوا قعود المهمل عن هذه الواجبات ، وانقطاع الجرايات من بيت المال عن العلماء مما اضطرهم الى التماس الكسب ، حتى أصبح القيام بهذه الواجبات غير مضمون إلا بالأجر . لذلك أفتى المتأخرون بجواز أخذ الأجور عليها ، حرصاً على تعليم القرآن ونشر العلم وإقامة الشعائر الدينية بين الناس .

(ر: «نشر العرف» لابن عابدين في مجموعة رسائله ١٢٥/٢ - ١٢٦) .

٥٤٨- (و) - إن الشهود الذين يقضى بشهادتهم في الحوادث يجب أن يكونوا عدولاً : أي ثقات ، وهم المحافظون على الواجبات

---

= لابن نجيم الممن الثاني آخر كتاب القضاء ، و«جامع الفصولين» ج ١ آخر الفصل الاول ص ٢٦/٢ ومنتصف الفصل العاشر ص ١٣٣/١ طبعة المطبعة الازهرية .

## ٥٥٢ - ( ب ) - في العصر الحاضر :

( ١ ) - قبل إنشاء السجلات العقارية الرسمية التي تحدد العقارات ، وتعطي كلاً منها رقماً خاصاً ، كان التعاقد على العقار الغائب عن مجلس العقد لا بد لصحته من ذكر حدود العقار : أي ما يلاصقه من الجهات الأربع ، ليميز العقار المعقود عليه عن غيره وفقاً لما تقضي به القواعد العامة من معلومية محل العقد .

ولكن بعد إنشاء السجلات العقارية في كثير من الممالك والبلدان اليوم أصبح يكفي قانوناً في العقود بذكر رقم حضر العقار دون ذكر حدوده . وهذا ما يوجبه فقه الشريعة ، لأن الأوضاع والتنظيمات الزمنية أوجدت وسيلة جديدة أسهل وأتم تعييناً وتميزاً للعقار من ذكر الحدود في العقود العقارية . فأصبح اشتراط ذكر الحدود عبثاً ، وقد قدمنا أنه لا عبث في الشريعة ( ر : ف / ٥٤١ ) .

( ٢ ) - وكذلك كان تسليم العقار المبيع الى المشتري لا يتم إلا بتفريغ العقار وتسليمه فعلاً الى المشتري ، أو تمكينه منه بتسليم مفتاحه ونحو ذلك . فإذا لم يتم هذا التسليم يبقى العقار معتبراً في يد البائع ، فيكون هلاكه على ضمانه هو ومسؤوليته وفقاً للأحكام الفقهية العامة في ضمان المبيع قبل التسليم .

ولكن بعد وجود الأحكام القانونية التي تخضع العقود العقارية للتسجيل في السجل العقاري استقر الاجتهاد القضائي أخيراً لدينا على اعتبار التسليم حاصلًا بمجرد تسجيل العقد في السجل العقاري . فن

٥٥٠ - هذا مثله قليل من كثير من المسائل التي تغيرت فيها الآراء

الفقهية والفتاوى وعمل القضاء ، لا لاختلاف في الأنظار والمبادئ  
الفقهية التي بنيت عليها الأحكام الأولى ، بل بسبب : تغير الزمان وفساد  
'وضوئ'همامة، كقعود المهتم عن الواجبات، وفساد الذمم في المعاملات،  
وفشو الظلم ، وضعف الوازع الديني عن أكل الحقوق بالباطل الخ ..  
حتى ان الأحكام الواردة في السنة النبوية نفسها إذا كان منها شيء  
مبنياً على رعاية أحوال الناس وأخلاقهم في عصر النبوة ، ثم تبدلت  
أحوالهم وفسدت أخلاقهم ، وجب تبديل الحكم النبوي تبعاً لذلك الى  
ما يوافق غرض الشارع في جلب المصالح ودفع المفاسد وصيانة  
الحقوق . وعلى هذا المبدأ سار الصحابة الكرام بعد عصر النبوة :

فقد ورد في صحيح البخاري وغيره أن النبي عليه السلام سئل عن  
ضالة الإبل : هل يلتقطها من يراها لتعريفها وردّها على صاحبها متى ظهر ،  
( كضالة الغنم ونحوها من الأشياء الصغيرة التي يخشى عليها ) ، فنهى النبي  
عن التقاطها لأنها لا يخشى عليها ما يخشى على غيرها من الضياع ، وأمر  
بتركها ترد الماء وترعى الكلاء حتى يلقاها ربها . وقد ظل هذا الحكم  
محافظاً عليه الى آخر عهد عمر .

فلما كان عهد عثمان بن عفان أمر بالتقاط ضوال الإبل وبيعها ، على  
خلاف ما أمر به رسول الله ﷺ ، فاذا جاء صاحبها أعطي ثمنها ،  
روى ذلك مالك عن ابن شهاب الزهري ، ذلك لأن عثمان رأى أن  
الناس قد دب إليهم فساد الأخلاق والذمم وامتدت أيديهم الى الحرام ،



فهذا التدبير أصون لضالة الإبل وأحفظ لحق صاحبها خوفاً من أن تنالها يد سارق أو طامع . فهو بذلك - وإن خالف أمر رسول الله في الظاهر - إنما هو موافق لمقصوده إذ لو بقي العمل على موجب ذلك الأمر بعد فساد الزمان لآل الى عكس مراد النبي عليه السلام في صيانة الأموال ، وكانت نتيجته ضرراً . ( ر : تاريخ الفقه الاسلامي اخراج كلية الشريعة في الأزهر طبعة مطبعة وادي الملوك ص / ٤٨ ) .

( ثانياً ) ضمير الأعظم الاممهازية لتطور الوسائل والادوات :

### ٥٥١ - ( أ ) - في الماضي :

ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن كتابة أحاديثه ، وقال لأصحابه :  
 « من كتب عني غير القرآن فليمححه » .

واستمر الصحابة والتابعون يتناقلون السنة النبوية حفظاً وشفاهاً لا يكتبونها حتى آخر القرن الهجري عملاً بهذا النهي .  
 ثم انصرف العلماء في مطلع القرن الثاني بأمر من الخليفة العادل عمر ابن عبد العزيز ( رضي الله عنه ) الى تدوين السنة النبوية لأنهم خافوا ضياعها بوجت حفظتها . ورواوا أن سبب نهى النبي عليه السلام عن كتابتها إنما هو خشيته أن تختلط بالقرآن ، إذ كان الصحابة يكتبون ما ينزل منه على رقاع . فلما عم القرآن وشاع حفظاً وكتابة ، ولم يبق هناك خشية من اختلاطه بالحديث النبوي ، لم يبق موجب لعدم كتابة السنة بل أصبحت كتابتها واجبة لأنها الطريقة الوحيدة لصيانتها من الضياع ، وقد تقدم أن الحكم يدور مع علته ثبوتاً وانتفاءً .

الدينية، المعروفون بالصدق والأمانة . وإن عدالة الشهود شرط اشتراطها القرآن لقبول شهادتهم ، وأيدتها السنة وأجمع عليها فقهاء الاسلام .  
غير أن المتأخرين من فقهاءنا لحظوا ندرة العدالة الكاملة التي فسرت بها النصوص ، لفساد الزمن وضعف الذمم وفتور الحس الديني الوازع .  
فاذا تطلب القضاء دائماً نصاب العدالة الشرعية في الشهود ضاعت الحقوق لامتناع الاثبات . فلذا أفتوا بقبول شهادة **أومثل** ف**أومثل** من القوم حيث تقل العدالة الكاملة .

ومعنى **الأمثل** فال**أمثل** : **الأحسن** فال**أحسن** حالاً بين الموجودين ، ولو كان في ذاته غير كامل العدالة بحدها الشرعي : أي أنهم تنازلوا عن اشتراط العدالة المطلقة إلى العدالة النسبية . ( ر : « معين الحكام » القسم الثاني ، الباب ٢٢ ص / ١٤٥ ) .

**٥٤٩ - ( ز )** — وكذلك أفتى المتأخرون في إثبات الأهلة لصيام رمضان وللعيدين بقبول رؤية شخصين ، ولو لم يكن في السماء علة تمنع الرؤية من غيم أو ضباب أو غبار ، بعد أن كان في أصل المذهب الحنفي لا يثبت إلهال الهلال عند صفاء السماء إلا برؤية جمع عظيم ، لأن معظم الناس يلتبسون الرؤية . فانفراد اثنين بادعاء الرؤية مظنة الغلط أو الشبهة .  
وقد علل المتأخرون بقبول رؤية الاثنين بقعود هم الناس عن التماس رؤية الهلال . فلم تبق رؤية اثنين منهم مظنة الغلط إذا لم **يكن** في شهادتهما شبهة أو تهمة تدعو إلى الشك والريبة ( ر : البحر الرائق لابن نجيم ، ورسالة العرف والعادة للأستاذ أبي سنة ص / ١١١ - ١١٢ ) .

تاريخ التسجيل ينتقل ضمان هلاك المبيع من عهد البائع الى عهد المشتري لأن تسجيل البيع فيه تمكين للمشتري أكثر مما في التسليم الفعلي، إذ العبرة في الملكية العقارية قانوناً لقيود السجل العقاري لا للأيدي والتصرفات. وتسجيل البيع لم يبق البائع متمكناً أن يتصرف في العقار المبيع بعقد آخر استناداً الى وجوده في يده. وجميع الحقوق والدعاوى المتفرعة عن الملكية، كطلب نزع اليد وطلب الأجرة وغير ذلك، تنتقل الى المشتري بمجرد التسجيل.

فبناء على ذلك يصبح من الضروري في فقه الشريعة أن يعتبر لتسجيل العقد العقاري حكم التسليم الفعلي للعقار في ظل هذه الأوضاع القانونية التنظيمية الجديدة<sup>(١)</sup>.

٣. — أوجب الشرع الاسلامي على كل زوجة تطلق من زوجها عدة تعتدها، وهي أن تمكث مدة معينة يمنع فيها زواجها برجل آخر. وذلك لمقاصد شرعية تعتبر من النظام العام في الاسلام، أهمها تحقق فراغ رحمها من الحمل منعاً لاختلاط الأنساب.

وكان في الحالات التي يقضي فيها القاضي بالتطليق أو بفسخ النكاح تعتبر المرأة داخلة في العدة ويبدأ حساب عدتها من فور قضاء القاضي بالفرقة، لأن حكم القاضي في الماضي كان يصدر مبرماً واجب التنفيذ فوراً، لأن القضاء كان مؤسساً شرعاً على درجة واحدة، وليس فوق

---

(١) — أوضحنا ذلك واستوفينا أدلته في الجزء الخامس الباعث في عقد البيع،

وهو الذي يبدأ فيه قسم العقود المسماة من هذه السلسلة الفقهية (ر: ج ٥/ف/١٠٩)

القاضي أحده حق النظر في قضائه .

لكن اليوم قد أصبح النظام القضائي لا يباين جعل قضاء القاضي خاضعاً للطعن بطريق الاستئناف أو بطريق النقض أو بكليهما . وهذا التنظيم القضائي الجديد لا ينافي الشرع لأنه من الأمور الاستصلاحية الخاضعة لقاعدة المصالح المرسلة ( ر : ف / ٢٩ وما بعدها ) .

فاذا قضى القاضي اليوم بالفرقة بين الزوجين وجب أن لا تدخل المرأة في العدة الا بعد أن يصبح قضاؤه مبرماً غير خاضع لطريق من طرق الطعن القضائي ، وذلك إما بانقضاء المهل القانونية دون طعن من الخصم ، أو بإبرام الحكم المطعون فيه لدى المحكمة المطعون لديها ورفضها للطعن حين ترى الحكم موافقاً للأصول . فمن هذا الوقت يجب اليوم أن تدخل المرأة في العدة ويبدأ حسابها ، لا من وقت صدور الحكم الابتدائي ، لأنها لو اعتدت منذ صدور الحكم الابتدائي لرجمها تنقضي عدتها وتحرر من آثار الزوجية قبل الفصل في الطعن المرفوع على حكم القاضي الأول بالتحلل الزوجية ، ثم ينقض هذا الحكم لتحلل تراه المحكمة العليا فيه . وهذا النقض يرفع الحكم السابق ، ويوجب عودة الزوجية .

فكيف يمكن ذلك بعد أن تصبح المرأة متحررة من آثار الزواج بانقضاء عدتها وقد ساغ لها أن تزوج زوجاً آخر ، وقد تكون تزوجت فعلاً ؟ لذلك يجب أن يعتبر الحكم الابتدائي الأول بالفرقة كحكم معلق على الإبرام ( أي يعتبر مشروع فرقة ) لا تسري نتائجها ، وخاصة منها العدة الا بعد صيرورته مبرماً .

وقبل ذلك تبقى الزوجية قائمة بكل نتائجها رغم قضاء القاضي بالفرقة نظراً لتبدل الاوضاع القضائية عما كانت عليه في الماضي عندما كان قضاء القاضي الشرعي يصدر مبرماً لا معقب عليه .

ولا محذور في اعتبار الزوجية قائمة مستمرة قبل انبرام الحكم بالفرقة، بل ان لذلك نظيراً في الشرع يشبهه من هذا الوجه وهو الطلاق الرجعي الذي يوقعه الزوج نفسه . فان الزوجية تبقى مع الطلاق الرجعي قائمة من كل وجه بين الزوجين رغم الطلاق مادامت المرأة في العدة ، حتى ان المتعة الزوجية تظل حلالاً بينهما، وكذا لو مات أحدهما خلال العدة يرثه الآخر . فالطلاق الرجعي في النظام الإسلامي هو كما يقال بلغة العصر : « شروع فرقة » قابل للرفع والالغاء بالمراجعة . فاذا انقضت عدة المرأة دون رجعة من الزوج المطلق فعندئذ تقع اليئونة (الفرقة) . فيجب أن يعتبر نظير ذلك بالنسبة الى بدء عدة المرأة في حالة التطليق القضائي اليوم .

٥٥٣ — فن مجموع هذه الأمثلة وأشباهاها يتضح أن قضية تغير الأحكام لتغير الزمان لا يصح أن تعتبر من صميم نظرية العرف كما يعتبرها بعض الباحثين ، بل هي من نظرية المصالح المرسلة . فان قعود الهمم ، وفساد النعم ، وقلة الورع ، وكثرة الطمع والمستحدثات الجديدة ، ليست أعرافاً يتعارفها الناس ويبنون عليها أعمالهم ومعاملاتهم ، وانما هي انحلال في الأخلاق يضعف الثقة ، أو هي اختلاف في وسائل التنظيم الزمني وكل ذلك يجعل الأحكام التي أسسها الاجتهاد في ظروف

مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة لتحقيق الغاية الشرعية من تطبيقها ، فيجب أن تتغير الى الشكل الذي يتناسب مع الأوضاع القائمة ، ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي .

وذلك نظير السفينة الشراعية التي تقصد اتجاهاً معيناً في ربيع شمالية مثلاً ، فان شراعها يقام على شكل يسير بالسفينة في الاتجاه المطلوب ، فاذا انحرف مهب الريح وجب تعديل وضع الشراع الى شكل يضمن سير السفينة في اتجاهها المقصود ، والا انحرفت أو توقفت .

وقد قال العلامة ابن عابدين رحمه الله في رسالته « نشر العرف » مانصه : « كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان ، لتغير عرف أهله ، أو لمحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرب بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد . ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا مانص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم يقال بما قالوا به أفذاص من قوامهم منزهة » ٥١ .

( ر : مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/١٢٥ والأمثلة التي أتى بها )  
وقال الشهاب القرافي أيضاً في « الفروق » تحت الفرق / ٢٨ / المسألة الثالثة ١ / ١٧٧ / مانصه :

المجموع على المتفردات أبرأ منقول في الدين ومجهل بمفاسد

علماء المسلمين والسلف الماضين ( ٥١ ) .

ويقول ابن القيم رحمه الله في فصل « تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد » :

« هذا فصل عظيم النفع جداً ، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة ، وتكليف مالا سبيل إليه ، ما به لم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به . فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ؛ وهي عدل كلها ، ورحمه كلها ، ومصالح كلها ومكتمة كلها . فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرخصة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة . وعن الحكم إلى العيب ، فليست من الشريعة وإن ادخلت فيها بالتأويل » الخ . .

( ر : اعلام الموقعين طبعة المنيرية ج ٣ ص ١ / وطبعة فوج الله زكي الكردي ج ٣ ص ٢٧ ) .

٥٥٤ — هذا آخر القسم الثاني من هذا المدخل عرضنا فيه تلك النظريات الحثرت الفقهية الأساسية التي هي دعائم الفقهاء الكبار ، وقناطره التي يقوم عليها بنيانه في شتى أبوابه ، وهي نظرية الملكية ، ونظرية العقود ، ونظرية المؤيدات ، ونظرية الاهلية والولاية ، ونظرية العرف .  
فقاما يوجد فرع فقهي لا يكون لواحدة فأكثر من هذه النظريات

الكبرى علاقة به : فانه اذا كان فيه ثبوت ملكية في عين أو منفعة خضع لنظرية الملكية وقواعدها . واذا كان فيه التزام عقدي خضع لنظرية العقود . واذا كان فيه صحة أو فساد أو بطلان أو توقف خضع لنظرية المؤبدات ونظرية الأهليات . واذا كان في حكمه تأثير للعرف خضع لنظرية العرف . وإذا كان فيه تصرف بفعل أو بقول ، أو فيه إثبات حق أو التزام خضع أيضاً لنظرية الأهلية والولاية والعقد . فهذه النظريات الاساسية الكبرى تضرب نطاقاً حول أبواب الفقه وفصوله كلها يحيط بها ، ويبين عليها ويوجه أحكامها ، وتمسك كل جهة منه بطرف من هذه الأحكام .

٥٥٥ - وقد بقيت نظرية سادسة هامة قد كان في مخطط بحثي أن أعالجها وأتمم بها عقد النظريات الاساسية الكبرى ، وتلك هي نظرية الضمانات ، تعرض فيها المبادئ الفقهية في ضمان الاموال والحقوق والتزاماتها في الذمم ، واسباب التضمن الشرعية ، وأنواع الضمان من مستقر ومتحول ، وهو الذي يستوجب للضامن الغارم حقاً في أن يرجع بما ضمنه على غيره ، وعوامل كل نوع وضابطه ، وما إلى ذلك من مباحث . ولكنني تركت معالجة هذه النظرية الآن نظراً لضيق وقتي ولضيق نطاق هذا المدخل الفقهي عنها ؛ فقد اتسعت مباحثه الى أكثر من الحد الذي كنت قدرته لها والامر إذا اتسع ضاق !!

والآن ننتقل الى القسم الثالث من هذا المدخل ، وهو القسم الاخير المخصص لعرض القواعد الكلية في الفقه الاسلامي .



# القسم الثالث

القواعد الكلية  
في الفقه الاسلامي

# الباب الأول

معنى القواعد الكلية ومكانتها الفقهية

ولله تاريخها فيها

( ١ ) معنى القواعد الكلية

ومكانتها الفقهية

٥٥٦ — القاعدة في اللغة : هي أساس البيت ونحوه . وعليه

قوله تعالى : « ولما رفع ابراهيم القواعد من البيت واسماعيل » .

( ر : المصباح ، وغريب القرآن للسجستاني ) .

وفي اصطلاح النحاة هي : الضابط ، بمعنى الحكم المنطبق على

جميع جزئياته ، كقولهم : الفاعل مرفوع ، والمفعول به منصوب .

أما في اصطلاح الفقهاء فالقاعدة هي : حكم يغلب به على معظم

مهماته ( ر : حاشية المحوي على « الاشباه » الفن الاول تحت القاعدة الاولى )

وذلك كقولهم : « الامور بمقاصدها » وقولهم : « الوصول بقا »  
 ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على غموضه . ويسمى أمثالها اليوم في  
 الاصطلاح القانوني : « مبادئ » ، جمع مبدأ *Principel* .  
 فالقواعد الفقهية هي :

اصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أمثالا  
 تفرعية عامة في الحوادث التي تدفل تحت موضوعها .

فهي تمتاز بمزيد الایجاز في صياغتها ، على عموم معناها وسعة  
 استيعابها للفروع الجزئية . فتصاغ القاعدة بكلمتين او بوضع كلمات  
 محكمة من ألفاظ العموم <sup>(١)</sup> .

٥٥٧— وقد سلفت الاشارة أول البحث في قسم النظريات الأساسية  
 تكبرى إلى الفرق بين تلك النظريات والقواعد الكلية . فقد بينا هناك  
 أن هذه القواعد إنما هي مبادئ وضوابط فقهية يتضمن كل منها حكما  
 عاما . أما النظريات الأساسية التي عرضناها في ذلك القسم الثاني فتؤلف

---

(١) — ألفاظ العموم في اصطلاح علم اصول الفقه هي الالفاظ الموضوعة  
 لغة للدلالة بصيغتها أو بمعناها على افراد كثيرة غير محصورة على سبيل الاستفراق  
 كلفظة ( المؤمنون ) في قوله تعالى : « إنما المؤمنون اخوة » ، لان صيغة الجمع  
 المعروف تعم ؛ وكلفظ « القوم » ، والرهط ، ومن ، وما » فان معناها يقع على  
 الجمع وان كان لفظها مفردا . وانواع الفاظ العموم مينة في بحث « العام والخاص »  
 من كتب اصول الفقه .

كل منها نظاماً موضوعياً في الفقه والتشريع . وقد تأتي القاعدة الكلية ضابطاً خاصاً بناحية من نواحي إحدى تلك النظريات ، كما تقدم ( ر : ف / ٩٩ ) .

٥٥٨ — وهذه القواعد الفقهية هي كما قلنا أحكام أغلبية غير مطردة لأنها إنما تصور الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا وترتيب أحكامها . والقياس كثيراً ما ينحزم ويعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل ، تجعل الحكم الاستثنائي فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة ، وجلب المصالح ، ودرء المفاسد ، ودفع الحرج ، كما تقدم ايضاحه في بحث الاستحسان . ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها ، إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتحريج على قاعدة أخرى ، أو أنها تستدعي أحكاماً استحسانية خاصة .

قال مذهب فروق القراني نقلاً عن العلامة الأمير : « من المعلوم أن أكثر فروع الفقه أغلبية » ( : تهذيب الفروق تحت الفرق الثاني ج ١ ص / ٣٦ ) .

ومن ثم لم تسوخ المجلة أن يقتصر القضاء في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكلية فقط دون نص آخر خاص أو عام

يشمل بعمومه الحادثة المقضي فيها ، لأن تلك القواعد الكلية ، على ما لها من قيمة واعتبار ، هي كثيرة المستثنيات ، فهي دساتير للتفقيه ، لا نصوص للقضاء . ( ر : المقالة الاولى من مقدمة المجلة ) .

( ٢ ) مكانة هذه القواعد وموقعها من اصول الشريعة

٥٥٩ — تكون هذه القواعد أغلبية لا يفيض من قيمتها العلمية ، وعظيم موقعها في الفقه ، وقوة أثرها في التفقيه ، فإن في هذه القواعد تصويراً بارعاً ، وتنويراً رائعاً للبادئ والمقررات الفقهية العامة ، وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية ، وضبطاً لفروع الأحكام العملية بضوابط تبين في كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط ، وجهة الارتباط برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها .

ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار ، وتبرز فيها العلل الجامعة ، وتعين اتجاهاتها التشريعية ، وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة .

يقول العلامة الشهاب القرافي في مقدمة كتاب « الفروق » :

« إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع .  
وأصولها قسمان :

— أحدهما المسمى « أصول الفقه » ، وأغلب مباحثه في

قواعد الأحكام الناشئة عن الالفاظ كدلالة الامر على  
الوجوب ، ودلالة النهي على التحريم ، وصيغ الخصوص  
والعموم ، وما يتصل بذلك كالنسخ والترجيح .

— والثاني هو القواعد الكلية الفقهية ، وهي جلية كثيرة  
لها من فروع الاحكام ما لا يحصى . وهذه القواعد لم يذكر  
منها شيء في أصول الفقه . وقد يشار إليها هناك على  
سبيل الاجمال .

وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ، وبقدر  
الاحاطة بها يعظم قدر الفقيه ، وتتضح له مناهج الفتوى .  
ومن أخذ بالفروع الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت  
عليه تلك الفروع واضطربت ، واحتاج الى حفظ جزئيات  
لا تنهاى .

ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر  
الجزئيات لاندراجها في الكليات ، وتناسب عنده ما تضارب  
عند غيره ، ا هـ ملخصاً .

### ٣) لمحة تاريخية عن القواعد الكلية

٥٦٠ — ان القواعد الكلية الماثورة في الفقه الاسلامي لم توضع كلها جملة واحدة كما توضع النصوص القانونية في وقت معين على أيدي أناس معينين ، بل تكونت مفاهيمها وصيغت نصوصها بالتدرج في عصور ازدهار الفقه ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح ، استنباطاً من دلالات النصوص التشريعية العامة ، ومبادئ أصول الفقه ، وعلى الاحكام ، والمقررات العقلية .

هذا ، ولا يعرف لكل قاعدة صانع معين من الفقهاء إلا ما كان منها نص حديث نبوي ، كقاعدة « يضرر ويضرر » او ما أثر عن بعض أئمة المذاهب وكبار أتباعهم من عبارات جرت بعد ذلك مجرى القواعد ، كقول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة في كتاب « الخراج » الذي وضعه للرشيد : « ليس للممام ان يخرج شيئاً من يد أحد الا بمحرم ثابت معروف » .

( ر : « الخراج » فصل موات الأرض ، ورد المختار ٢/٢٥٧ ) .

أما معظم تلك القواعد فقد اكتسبت صياغتها الأخيرة المأثورة عن طريق التداول والصقل والتحويل على أيدي كبار فقهاء المذاهب في مجال التعليل والاستدلال ، فقد كانت تعليقات الاحكام الفقهية الاجتهادية ، ومسالك الاستدلال القياسي عليها ، اعظم مصدر لتفعيد هذه القواعد وإحكام صيغها ، بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى ، وانصراف كبار اتباعها الى تحريرها وترتيب اصولها وأدلتها<sup>(١)</sup> ( ر : ف / ٥٩ )

**٥٦١ -** والظاهر ان المذهب الحنفي ، وهو اقدم المذاهب الاربعة الكبرى ، قد كانت الطبقات العليا من فقهاء اسبق الى صياغة تلك المبادئ الفقهية الكلية في صيغ قواعد ، والاحتجاج بها . وعندهم نقل رجال المذاهب الاخرى ما شاؤوا منها .

وكانت هذه القواعد تسمى : اصول كما قال القرافي آنفا .

---

(١) - ومن دلائل هذا التطور في الصياغة الفقهية الفنية للقواعد ان القاعدة المشهورة الاساسية في كون الاقرار انما يلزم صاحبه المقرر ، ولا يسري حكمه على غيره ، ترى نصها المتداول في كتب المتأخرين وفي المادة ٧٨ من المجلد هو : « الاقرار حجة قاصرة » بينما ان اصل هذه القاعدة في قواعد الامام الكرخي التي سيأتي ذكرها هي بالنص التالي :

« الأصل : أن المرء يعامل في حق نفسه كما اقر به ولا يصدق على إبطال حق الغير ولا بإلزام الغير حقاً » .

وهكذا كثير من القواعد المأثورة اذا قورنت نصوصها الأخيرة باصولها القديمة .



فكثيراً ما نرى شراح المذهب في تعليقات الاحكام، ونرى المؤلفين في القواعد ، يقولون : « من أصول أبي حنيفة أو الأصل عند أبي حنيفة كذا وكذا » ويذكرون بعض هذه القواعد ، كما يرى في كتاب « تأسيس النظر » للدبوسي ، وفي قواعد الكرخي الآتي ذكرهما .

**٥٦٢**— ولعل اقدم خبر يروى عن جمع القواعد الكلية في المذهب الحنفي مصوغ بصيغها الفقهية المأثورة مارواه العلامة ابن نجيم في مقدمة كتابه « الاشباه والنظائر » من ان الامام أبا طاهر الدباس— وهو من عاش في القرنين الثالث والرابع للهجرة كما سنرى — قد جمع أهم قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية . وكان ابو طاهر ضريراً يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد خروج الناس منه ، وذكر ابن نجيم أن أبا سعيد الهروي الشافعي قد رحل الى أبي طاهر ونقل عنه بعض هذه القواعد<sup>(١)</sup> ومن جملتها القواعد الخمس التي تعتبر امهات القواعد ومباني الاحكام الشرعية من نصية واجتهادية ؛ وهي :

(١) — الامور بمقاصدها (٢) — الضرر يزال (٣) العادة محكمة :

---

(١) — يروي ابن نجيم قصة هذه الرحلة والنقل بصورة مستبعدة لا تصح تفصيلها . ولكن الظاهر ان لها اصلاً ثابتاً ، اذ رواها الجلال السيوطي الشافعي في كتابه « الاشباه والنظائر » ( ص/٤٥ ) والكمال ابن المهام الحنفي في « فتح القدير » . ( ر : « مقدمة الاشباه » لابن نجيم ، وحاشية المحوي عليها ) .

(٤) - اليقين لا يزول بالشك (٥) المشقة تجلب التيسير<sup>(١)</sup> .

٥٦٣ - وأقدم مجموعة من هذه القواعد الكلية وصلت إلينا في شكل رسالة خاصة هي قواعد الامام أبي الحسن الكرخي ، وقد شرحها وأوضحها بالأمثلة الامام نجم الدين أبو حفص عمر النسفي الحنفي المتوفى سنة ٥٣٧/ للهجرة<sup>(٢)</sup> .

والظاهر أن الكرخي قد أخذ القواعد التي جمعها أبو طاهر الدباس وأضاف إليها ، فقد جاءت مجموعة الكرخي بسبع وثلاثين قاعدة ، بينما رأينا آنفاً فيما رواه ابن نجيم أن القواعد التي جمعها الامام الدباس كانت سبع عشرة .

ويرى الناظر في قواعد الامام الكرخي هذه أن بعضاً منها ليس

- 
- (١) - وقد نظمها بعض الشافعية مشيراً إلى أساسيتها في مذهبهم أيضاً بقوله :  
خمس مقروءة قواعد مذهب الشافعي فكن بهن خبيراً :  
ضرر يزال ، وعادة قد حكمت ، وكذا المشقة تجلب التيسير ،  
والشك لا ترفع به متيقناً ، والقصد أخلص إن اردت اجوراً
- (٢) - الامامان الكرخي والدباس كانا متعاصرين ، وكلاهما من اكابر فقهاء الطبقات العليا في المذهب الحنفي ، لكن الكرخي اكثر شهرة وذكرأ .  
فالكرخي : هو الامام أبو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخي ، نسبة إلى كرخ العراق . ولد سنة ٢٦٠/ هـ ، وتوفي سنة ٣٤٠/ هـ ، وانتهت إليه رئاسة المذهب الحنفي .

والدباس : هو الامام أبو طاهر محمد بن محمد الدباس . كان امام اهل الرأي في العراق حفاظاً خبيراً بالروايات ، ومن اقربان الكرخي . وقد ولي القضاء بالشام . ( ر : الفوائد البية في تراجم الحنفية للشيخ عبد الحي الكنوي ص/ ١٠٩ و ١٨٧ ) .

من قبيل القواعد بالمعنى الذي حددناه للقاعدة ، وإنما هو من قبيل الأفكار التوجيهية لرجال المذهب في تعليل المسائل ، كقول الكرخي مثلاً فيها :

الاصل : ان كل آية تخالف قول اصحابنا فانها تحمل على النسخ او على الترجيح او على التأويل من جهة التوفيق .

ونستخلص من ذلك أن هذه القواعد ، وهي مفاهيم ومبادئ فقهية كبرى ضابطة لموضوعاتها ، قد بدأت حركة تعقيدها وتدوينها أواخر القرن الثالث الهجري ، وأن معانيها الفقهية كانت مقررة لدى الأئمة المجتهدين تعتبر أصولاً عالمية يقيسون بها وينون عليها ويعللون بها ، وإن كانت لم تفرد بالتدوين قبل ذلك ، ولم تأخذ الصياغة التي انتهت إليها فيما بعد إلا بالصقل والتحوير وهي غير « اصول الفقه » التي هي علم يقرر الطريقة العالمية في تفسير النصوص وفهمها والاستنباط منها .

٥٦٤ — ثم جاء الامام ابو زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي الحنفي ، فوضع كتابه « ناسبى النظر » وضمنه طائفة هامة من الضوابط الفقهية الخاصة بموضوع معين ، ومن القواعد الكلية مع التفريق عليها <sup>(١)</sup> .

---

(١) — الدبوسي من اكبر فقهاء المذهب الحنفي كان يضرب به المثل في النظر والاحتجاج الفقهي . وذكر ابن خلكان انه أول من وضع علم خلاف الفقهاء . والمراد بعلم خلاف الفقهاء ما نسميه اليوم في اصطلاح علم الحقوق الحديث باسم : الفقه المقارن . فالدبوسي رحمه الله اول من عني بتنظيم البحث في الفقه المقارن بين المذاهب ، وجعل منه علماً مستقلاً . =

٥٦٥ - ثم جاء أخيراً العلامة زين العابدين إبراهيم بن نجيم  
المصري المتوفى سنة ٩٧٠هـ فجمع في الفن الأول من كتابه الاشباه  
والنظائر ، ضمها وعشرين قاعدة ، وصنفها الى نوعين :

- ( ١ - ) قواعد اساسية كالاركان في المذاهب الفقهية وهي ست قواعد:  
الخمس المتقدمة ، مضافاً اليها سادسة هي قاعدة « لا تروا ابواباً » .
  - ( ٢ - ) تسع عشرة قاعدة اخرى في موضوعات مختلفة اقل اتساعاً  
وشمولاً ، يتفرع عنها بعض قواعد فرعية اخرى ، واحكام كثيرة .
- وقد بسط ابن نجيم القول فيما يتفرع عن هذه القواعد من فروع  
الاحكام العملية .

ثم في منتصف القرن الثاني عشر الهجري جاء الفقيه الحنفي التركي  
محمد ابو سمير القادسي صاحب الحاشية على كتاب « الدرر شرح الفروع »  
فوضع متناً في اصول الفقه أسماه « مجامع الفوائد » ، وختمه بخاتمة جمع

---

= و كتابه هذا « تأسيس النظر » مطبوع مع قواعد الامام الصكرخي في  
المطبعة الادبية بصر .

- ( ١ ) - لم تكن هذه القاعدة فيما نرى جديدة بأن تزداد على تلك القواعد الخمس  
الاهيات ، بل هي فرع من عموم قاعدة « الامور بمقاصدها » فتفني هذه عنها . وكلاهما  
مستمد من الحديث النبوي القائل : « واغما الاعمال بالنيات » ، واغما لكل امرئ ما نوى .
- على ان قاعدة « الامور بمقاصدها » هي التي تتفق مع نص هذا الحديث في عموم  
الحكم ، فان كلا منها يشمل ثواب الاعمال الاخروي كما يشمل كثيراً من نتائج  
التصرفات المدنية والاعمال الجنائية التي تختلف احكامها القضائية الدنيوية باختلاف قصد  
الفاعل ونية . اما قاعدة « لا ثواب الا بالنية » فخاصة بالثواب الاخروي فقط .

فيها مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية الكلية ، عرضها بنصوصها دون ما شرح ، ورتبها على خروف المعجم بحسب الحرف الاول من أول كلمة من كل منها ، فبلغت اربعاً وخمسين ومائة قاعدة<sup>(١)</sup>.

وقد جاء فيها بضع قواعد من قبيل الاصول التوجيهية لرجال المذهب في تعليل المسائل ، كالتي جاءت في قواعد الكرخي. وبعضها متداخل ، وباقيها كله قواعد فقهية ذات احكام عامة دستورية . اخذ فيها الخادمي معظم ما جمعه ابن نجيم في الاشياء و اضاف اليه .

٥٦٦ — ثم جاءت مجلة الاحكام العدلية تحمل في صدرها مجموعة كبيرة من هذه القواعد ، مختارة من اهم ما جمعه ابن نجيم والخادمي مضافاً اليه بعض قواعد اخرى ، فبلغت تسعاً وتسعين قاعدة في ٩٩ مادة ( من المادة ٢/ حتى المادة ١٠٠/ ) استهلت بها احكام المجلة بعد المادة الاولى التي تضمنت تعريف الفقه وتقسيم مباحثه .

٥٦٧ — وبعد المجلة قام العلامة السيد الشيخ محمود حمزة ، مفتي دمشق في عهد السلطان عبد الحميد ، باستقصاء القواعد والضوابط والاصول في معظم الابواب الفقهية بما وراء قواعد المجلة . وقد جمعها

---

(١) — مجامع الحقائق للخادمي مطبوع مع شرح له اسمه « منافع الحقائق » ( المطبعة العامرة ) بالقسطنطينية سنة ١٣٠٨/ هـ . ولقواعده ايضاً شرح مستقل . وقد تابع الخادمي في هذا الترتيب على الحروف كتاباً في القواعد للعلامة الزركشي الشافعي المتوفي سنة ٧٩٤/ هـ اسمه « المنشور في ترتيب القواعد الفقهية » .

في كتاب أسماه : « الفرائد البهية في القواعد والفرائد الفقهية » وأوضحها ببعض الامثلة ورتبها على أبواب الفقه ، فكان آخر وأوسع ما جمع باسم القواعد والاصول الفقهية فيما نعلم ، وهو ينشر بين القواعد أحكاماً أساسية يسميها « فرائد » وهو مطبوع بدمشق سنة ١٩٢٨ م .

ولكن القواعد الكلية بمعناها الذي يبناه كالتي جاءت بها المجلة قليلة جداً فيه . وجل ما جاء فيه تحت عناوين القواعد إنما هو ضوابط جزئية أو أحكام أساسية ، في موضوعات خاصة من أبواب الفقه ولؤلؤ رسالة أخرى في قواعد احكام الوقف خاصة .

٥٦٨ — هذا مجمل حركة تقعيد القواعد الفقهية ثم جمعها في المذهب الحنفي .

ويظهر من تتبع حركة التأليف في القواعد ان فقهاء الشافعية ثم الحنابلة ، ثم المالكية تابعوا الحنفية في ذلك ، ثم انتقلت الى علماء الشيعة ، بهذا الترتيب التاريخي .

وقد كان القرن الثامن الهجري أحفل القرون بهذه التأليف كما يعلم من تتبع ماسجلته فهارس المكتبات الشهيرة من المؤلفات أيضاً .

ويلاحظ هنا أن كثيراً من المؤلفات التي عرفت باسم « الاشباه والنظائر » ككتاب التاج السبكي ، وكتاب الجلال السيوطي الشافعيين ، تشتمل على كثير من هذه القواعد . حتى ان ابن نجيم الحنفي

ذكر في مقدمة «أشبه» أنها أراد وضعه على غرار كتاب السبكي الشافعي.  
على أن أشهر ما عرف ووصل إلينا مطبوعاً من مؤلفات المذاهب  
الثلاثة غير الحنفي، مما يبحث في القواعد أو يحمل اسم القواعد، ثلاثة  
مؤلفات هامة :

(١) - كتاب «قواعد الاعطاف في مصالح النوام» للامام الفقيه  
الشافعي عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام المتوفى سنة ٦٦٠هـ .  
(٢) - وكتاب «افروق» للفقيه المالكي شهاب الدين أحمد بن  
ادريس الشهير بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ / تلميذ العز بن عبد السلام  
الشافعي .

(٣) - وكتاب «القواعد» للفقيه الحنبلي عبد الرحمن بن رجب المتوفى  
سنة ٧٩٥هـ .

غير أن هذه الكتب على عظم قيمتها لا تتضمن القواعد بالمعنى  
الذي حددناه لكلمة «فقه» : وهي النصوص الفقهية الدستورية  
التي تعبر عن أحكام كلية في بضعة ألفاظ من صيغ العموم، وإنما تتضمن  
تقسيمات وضوابط أساسية في موضوعات فقهية كبرى .

(أ) - فكتاب العز بن عبد السلام الشافعي مبني على فصول فقهية  
موضوعية ، يضع فيها الموضوع الفقهي عنواناً في رأس الفصل ، ثم  
يقسم الأحكام المتعلقة به ، ويفصلها تفصيلاً فيه كثير من بيان حكمة  
التشريع ، فهو أشبه بمدخل فقهي قيم .

(ب) - كتاب « الفروق » للقرافي قد أوضح في مقدمته أنه قد وضعه ليان (الفروق بين الفروغ)، وأنه قد جمع فيه ٥٤٨/ قاعدة ، وأوضح كلا منها بما يناسبها من الفروع . وقد جاء الكتاب مطبوعاً في أربعة أجزاء كبار .

غير أن هذا الكتاب أيضاً ، على عظيم قيمته وماتضمن من مباحث لم يسبق إليها ، لم يجمع فرواه بالمعنى الذي نعنيه هنا ، وإنما يريد من القواعد معنى الأحكام الأساسية في الموضوعات الفقهية الكبرى . فهو يعرض هذه الأحكام الأساسية في كل موضوعين متشابهين ؛ ويجلو الفروق بينها فيها فيقول مثلاً :

(الفرق بين قاعدتي الانشاء والخبر) و (الفرق بين قاعدة ماتؤثر فيها الجمالة والفرر، وقاعدة ما لا تؤثر فيه من التصرفات) و (الفرق بين قاعدتي تملك المنفعة وتمليك الانتفاع) و (الفرق بين قاعدتي العرف القولي والعرف الفعلي ) وهكذا ... فهو يريد بالقاعدة معنى الأحكام الأساسية في موضوع معين ، لا المعنى الاصطلاحي الذي بيناه لها .

على أن كتاب الفروق هذا قد انتثرت في فصوله قواعد فقهية دستورية كثيرة متفرقة في مناسبات تعليل الأحكام ونصب الضوابط . (ج) - وكتاب ابن رجب الحنبلي بنى مباحثه على مائة وستين قاعدة ، وختمه بأحدى وعشرين فائدة .



وهو كذلك يضع تحت عنوان « فائدة » موضوعاً فقهياً ثم يتناوله  
بإيضاح مسهب ، وتفصيل معجب ، وهو كتاب عظيم القيمة ، يحمل  
من الثروة الفقهية ما يجبل عن الوصف . وقد وصفه صاحب كشف  
الظنون بأنه : من « العجائب »<sup>(١)</sup> .

ولكنه على كل حال ليس مجموعة قواعد فقهية ذات نصوص عامة  
دستورية بالمعنى السالف البيان .

٥٦٩ - اما قواعد المجلة التي هي هدف بحثنا في هذا القسم  
الاخير من هذا الكتاب فكلها قواعد كلية ذات صياغة تشريعية فنية  
بالمعنى السالف البيان .

غير انها قد جاء في بعض منها شيء من الترادف او التداخل مع  
غيره . ومن ثم وجب تصنيفها الى صنفين .

( ١ ) - « القواعد الأساسية » التي كل منها اصل مستقل ليس متفرعاً من  
قاعدة أعم منه .

( ٢ ) - « القواعد المنفردة » من تلك القواعد الأساسية .  
وإن لجنة المجلة لم تصنف هذه القواعد ولم تراع التناسب والتساق  
في عرضها ، بل سردها سرداً غير مرتب ، تفرقت وتباعدت فيه  
القواعد المتقاربة او المتداخلة في المعنى والموضوع . فمثلاً نجد :

- في المادة / ٦٠ / قاعدة : « إعمال الكلام اولى من اهماله » ؛

---

(١) - وكلا الكتابين « قواعد ابن عبد السلام » و « قواعد ابن رجب » مطبوع في مصر .

— وفي المادة ١٢/ من المجلة قاعدة: « الاصل في الكلام الحقيقة »؛  
— وفي المادة ٦١/ قاعدة: « اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز »؛  
— وفي المادة ٦٢/ قاعدة: « اذا تعذر إعمال الكلام يهمل »؛  
مع أن هذه القواعد الأربع هي حلقات من سلسلة موضوع واحد،  
ترسم مجموعها ، وبهذا الترتيب الذي أوردناها به الآن ، الدستور  
الاصولي المرتب في فهم النصوص ، والطريقة العلمية الصحيحة في  
تفسيرها وكيفية العمل بها .

٥٧٠ — هذا ، وبما أن هذه القواعد الكلية قد أدخلت في  
صلب المجلة وجعلت جزءاً منها ، عني جميع شراح المجلة بشرحها شروحاً  
متفاوتة في الاسهاب والاقتضاب ، تبين ما يتفرع عليها من أحكام  
فقهاء ، وما يستثنى منها ؛ كما أفردت أيضاً بشروح خاصة بها دون  
سائر المجلة ، فإن دراسة هذه القواعد الكلية وإيضاحها بما يعطي  
الدارس ملكة فقهية عاجلة ، ويلقي نوراً كاشفاً على آفاق الفقه  
الاسلامي ومبانيه ، فيمشي الطالب في فهمه بخطى ثابتة مكيئة ،  
وبصيرة مدركة .

٥٧١ — وقد كان من برنامج هدفي في هذا المدخل أن  
أجعل هذا القسم الثالث الاخير منه شرحاً واسعاً لهذه القواعد التي  
صدرت بها المجلة .

غير أنني لحظت عند وصولي إلى هذا القسم الأخير أن هذا المدخل

قد طال فيه القسيان الأولان، وأن هذه القواعد مشروحة شرحاً كافياً في معظم الشروح المتداولة للمجلة، وإن كان أسلوبها غير الأسلوب التعليمي الذي التزمنا السير عليه<sup>(١)</sup>.

لذلك صرفت النظر عن التوسع في شرح هذه القواعد، ورأيت أن أجتزئ الآن بعرض نصوصها مصنفة ومرتبة ترتيباً جديداً، مع توضيح لبعضها بتفسير يسير، وذكر بعض أمثلة من فروع كل قاعدة تشير إلى تطبيقها الفقهي.

وقد ميزت في هذا التصنيف القواعد الأساسية من القواعد الأخرى المتفرعة عنها، فجاءت القواعد الأساسية مربعة، والمتفرعات نسما ومخمسة.

وقد رتبت القواعد الأساسية الأربعين بحسب موضوعاتها. وجعلت القواعد المتعلقة بالولاية وحقوق الإدارة العامة، ثم المتعلقة بالاثبات، آخر الكل.

---

(١) - وأوسع وأجل شرح لقواعد المجلة هذه فيما رأيت هو شرح والذي الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء رحمها الله تعالى فقد شرح هذه القواعد بمناسبة تدريسه إياها لنا في المدرسة الثانوية الشرعية بحلب، ثم استمر يوسع شرحها ويضيف إليه كل ما يجد له صلة بأحدى هذه القواعد من فروع الأحكام والقيود والمستثنيات في مطالعته الفقهية المستمرة وتدريسه خلال عشرين عاماً، فكان أحفل الشروح بالفوائد والشواهد، وأجمعها للشوارد، بحيث يأخذ دارسه بأطراف الفقه. وقد أعجلته المنية عن طبعه فبقي مخطوطاً عندي، وأرجو أن يتاح لي طبعه.

وقد جعلت عدد القواعد المتسلسل الى الاخير عائداً للاربعين الاساسية ، وكتبت مرتبتها العددية باللفظ لا بالرقم ، وبالحرف الرقعي تميزاً لها .

أما القواعد المتفرعة منها فقد وزعتها تحت تلك القواعد الاساسية ، فجعلت تحت كل منها ما يتفرع عنها من القواعد بحرف أصغر ، ورمزت الى تعداد تلك القواعد المتفرعة بسلسلة الحروف الابجدية .

وقد التزمت أن أشير بعد ذكر كل قاعدة الى رقم مادتها في المجلة نظراً لاختلاف الترتيب ، كي يسهل الرجوع اليها في المجلة وشروحها . هذا ، وتسيلاً للمراجعة سوف نسرّد في نهاية شرح هذه القواعد نصوصها مجردة مرتبة على ترتيب الحروف الهجائية في أوائل كلماتها الاولى ، ومشاراً بجانب كل منها الى رقم الفقرة التي تقع فيها القاعدة وشرحها من هذا الكتاب ، والى رقم مادتها في المجلة .



# الباب الثاني

عرض القواعد التي جاءت بها المجلة

مرتبة ، ومصنفة الى اساسية وفرعية

مع شرح لها موجز جداً ، ونظرة تحليلية لقواعد الالبات في آخرها

## الفصل الأول

عرض القواعد مع التعليق عليها

٧٥٢ - الفاعلة الاولى : « الامور بمقاصدها » ( المجلة / ٢ ) .

أي أن أعمال الشخص وتصرفاته من قولية أو فعلية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الاعمال والتصرفات :

— فمن قتل غيره بلامسوخ مشروع اذا كان عامداً فلنفعله حكم ، واذا كان غلطاً فله حكم آخر .

— ومن قال لآخر : خذ هذه الدراهم ، فان نوى التبرع كان هبة ،  
ولما كان قرصاً واجب الاعادة .

— ومن التقط اللقطة بقصد أخذها لنفسه كان غاصباً ؛ ولو التقطها  
بنية حفظها وتعريفها وردها لصاحبها متى ظهر كان أميناً ؛ فلا يضمها  
إذا هلكت بلا تعد منه عليها او تقصير في حفظها ، وهم جراً ...

### ١٠ ينفع منها من الفوائد

٥٧٣ « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني » ( المجلة / ٣ )  
— فيبيع الوفاء تجري فيه أحكام عقود عديدة أبرزها أحكام الرهن .  
لأن هذا هو مقصد العاقدين في بيع الوفاء ( ر : ف / ٢٧٤ ) .

— والهبة إذا اشترط فيها دفع عوض ، كمن قال لآخر : وهبتك  
هذا الشيء بكذا او بشرط أن تعطيني كذا ، أخذ العقد أحكام البيع  
لأنه أصبح في معناه رغم استعمال العاقد لفظ الهبة : فيرد الموهوب  
بالعيب ، وكذا يسترد الموهوب له العوض المدفوع إذا استحق<sup>(١)</sup>  
الموهوب من يده ، وكذا سائر أحكام البيع .

— والكفالة إذا اشترط فيها عدم مطالبة الدائن للمدين المكفول  
انقلبت حوالة وأخذت أحكامها لأنها تصبح في معناها ؛ وكذا الحوالة  
إذا اشترط فيها للدائن الحق في أن يطالب كلأمن المدين المحيل والشخص

---

(١) — تقدم معنى الاستحقاق فليُنظر ( ف ١٩٢ / ٢ الحاشية ) .

الحال عليه . معاً انقلبت كفالة ( ر : ف ٢٧١ - ٢٧٢ ) .

٥٧٤ — القاعدة الثانية : ( اليقين لا يزول بالشك ) ( م / ٤ ) .

أي إذا ثبت أمر من الأمور او حالة من الحالات ثبوتاً يقينياً : أي قطعياً ، ثم وقع الشك في وجود ما يزيله ، يبقى الامر المتيقن هو المعتبر الى ان يتحقق السبب المزيل .

هذه القاعدة أصل شرعي عظيم يدعمه العقل ، والقرآن ، والسنة النبوية :

— فمن جهة العقل : اليقين أقوى من الشك ، لان في اليقين حكماً

قطعياً جازماً ، فلا ينهدم بالشك .

— ومن جهة القرآن ورد قوله تعالى : « وما يتبع أكثرهم الا ظناً

ان الظن لا يغني من الحق شيئاً » ( سورة يونس ١٠ / ٣٦ ) .

والحق هنا بمعنى الحقيقة الواقعة كاليقين .

— ومن جهة السنة ، ورد في الاحاديث النبوية الصحيحة أن المتوضيء

إذا شك في انتقاض وضوئه فهو على وضوئه السابق المتيقن ، وتصح به

صلاته حتى يتحقق وجود ما ينقضه ، ولا عبرة لذلك الشك .

واستناداً الى هذا الحكم الشرعي وأمثاله بنيت هذه القاعدة الحاكمة

في جميع الامور ، من عبادات ومعاملات وعقوبات وأقضية في سائر

الحقوق والالتزامات :

— فإذا ثبت دين على شخص ، ثم مات وشككتنا في وفاته فالدين باق .

— وإذا ثبت ابراء الدائن مدينه ، ووقع الشك في رد المدين للابراء ،

فالأبراء نافذ والدين ساقط .

— وإذا ثبت عقد بين اثنين ووقع الشك في فسخه فالعقد قائم .  
— وإذا هلك الوديعة عند الوديع، وشككنا في أنها هلكت بتعديده عليها أو بتقصيره في حفظها (فيضمنها)، أو أنها هلكت قضاء وقدراً (فلا يضمنها) فإنه يعتبر غير ضامن، لأن صفة الأمانة هي المتقينة عند العقد فلا تزول بالشك في حصول التعدي أو التقصير. وهكذا يقال في كل مشابه.

#### ما ينفرع عنها من الفوائد

٥٧٥ - (أ) - « الأصل بقاء ما كان على ما كان » (م/٥)

هذا الأصل يسمى : **دوسمحاب** ، وهو اعتبار الحالة الثابتة في وقت ما مستمرة في سائر الاوقات حتى يثبت انقطاعها أو تبدلها :

فلو ادعى المقرض دفع الدين الى المقرض ، أو ادعى المشتري دفع الثمن الى البائع ، أو ادعى المستأجر دفع الاجرة الى المؤجر ، وأنكر المقرض أو البائع أو المؤجر ، كان القول لهؤلاء المنكرين مع اليمين : أي أن هذه الديون تعتبر باقية في ذمم الملتزمين بها ما لم يثبتوا الدفع ، لأنها كانت مستحقة عليهم ييقين ، فالأصل بقاءها في ذممهم حتى يثبت سقوطها وإنما لهم تحليف الدائنين اليمين على عدم القبض ، فإذا حلفوا قضى لهم .

٥٧٦ - (ب) - « ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه » (م/١٠)

هذه القاعدة في معنى سابقتها ؛ وجميع أمثلتها في الأحكام العملية واحدة



٥٧٧ - (ج) « الاصل في الامور العارضة العدم م/٩ »

المراد بالامور العارضة: ما كان عدمه هو الحالة الاصلية أو الغالبة؛  
فيكون العدم هو المتيقن لأنه الحالة الطبيعية ، ويكون تغييره  
الى الوجود عارضاً مشكوكاً فيه .

— فلو ادعى شخص على آخر أنه عقد معه عقداً او أتلف له مالا  
أو ارتكب جريمة، وأنكر الآخر، فالقول لهذا حتى يثبت المدعي هذه  
الافعال لأنها امور عارضة، وان الحالة الاصلية المتيقنة قبلاً هي عدمها.  
— وهكذا لو تباع اثنتان فادعى أحدهما بعد ذلك انه اشترط في  
العقد لنفسه الخيار، ويريد الفسخ والرد، وانكر الآخر هذا الاشتراط  
فالقول للنكر يمينه حتى يثبت الخيار من يدعيه. ذلك لأن الاشتراط  
أمر عارض ، فالحالة الطبيعية الاصلية في العقد هي خلوه عن الشروط  
الزائدة فيكون عدمها هو المتيقن، ووجودها مشكوك فيه يحتاج الى اثبات  
— وكذلك لو اختلف المتبايعان في صحة الدابة المبيعة أو مرضها  
فالقول للبائع في زعم الصحة، لأن المرض هو العارض ، وان السلامة  
هي الحالة الطبيعية الأصلية .

— وكذا لو زعم ورثة عاقد أن مورثهم كان حين التعاقد مجنوناً  
فبعده باطل، وأنكر الخصم، اعتبر العاقد عاقلاً حتى يثبت جنونه، لأن  
الجنون آفة عارضة، والاصل سلامة العقل فكان الظاهر شاهداً لمدعيها<sup>(١)</sup>

---

(١) - المبدأ المقرر في المذهب الحنفي انه عند الاختلاف في صحة العقد وبطلانه فالقول  
مبدئياً لمدعي البطلان وعلى مدعي الصحة الاثبات، لان الباطل معدوم والاصل العدم. =

## مقدمة :

نص هذه القاعدة في المجلة : الاصل في الصفات العارضة العدم .  
والفقهاء كثيرا ما يعبرون في تعليلاتهم بلفظ « ادمور » بدلا من  
« الصفات » ، وهذا هو المراد بالقاعدة ، فان القاعدة لا يقتصر شمولها  
على الصفات كالجنون والمرض مثلا ، بل تشمل الامور المستقلة ، مثل  
العقود والاتلافات ، كما يتضح من الامثلة السالفة .

فلذا اخترنا التعبير في القاعدة بلفظ « الامور العارضة » .

٥٧٨ - (د) - « الاصل براءة الذمة » (٨/م)

لان المرء يولد خاليا من كل دين أو التزام او مسؤولية . وكل شغل  
لذمته بشيء من الحقوق إنما يطرأ باسباب عارضة بعد الولادة ، والاصل  
في الامور العارضة العدم ، كما رأينا في المادة السالفة .

فمن ادعى على غيره التزاما بدين او بعمل ما ، مهما كان سببه ،  
من عقد أو اتلاف أو أي سبب آخر من أسباب الضمان ، فعليه هو  
الاثبات اذا أنكر الخصم ، لان هذا الخصم يتمسك بحالة اصلية هي  
براءة الذمة ؛ فيكون ظاهر الحال شاهدا له ما لم يثبت خلافه .

٥٧٩ (هـ) - « الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته » (١١/م)

كثيرا ما تختلف احكام الحوادث ونتائجها باختلاف تاريخ

---

= لكن يظهر ان هذا مقيدا اذا لم يكن ظاهر الحال شاهدا لمدعي الصحة دون  
البطالان كما هنا ( ر : « القول الحسن » بحث الاختلاف في الصحة والتلجئة من  
باب البيع ص/١٠٢ الطبعة الحجرية سنة ١٢٧٦ ) .

حدوثها . فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الاقرب الى الحال حتى يثبت الابدع . لان الوقت الاقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه ، وانفرد احدهما بزعم وجوده قبل ذلك . فوجود الحادث في الوقت الاقرب متيقن ، وفي الابدع مشكوك ( من شرح والدي رحمه الله على القواعد ) .

وعلى هذا فروع كثيرة :

— منها لو تبين في المبيع عيب بعد القبض ؛ فزعم البائع حدوثه عند المشتري ، وزعم المشتري وجوده عند البائع ، فانه يعتبر حادثاً عند المشتري ، فليس له فسخ البيع حتى يثبت انه قديم عند البائع الا ان يكون العيب مما لا يحدث مثله بل هو من أصل الحلقة ، كالخيف في الفرس<sup>(١)</sup> .

— وكذا لو اشترى شخص شيئاً على أنه بالخيار مدة معينة ، ثم جاء يردّه بعد انقضاء مدة الخيار زاعماً انه قد فسخ البيع قبل انقضائها وزعم البائع أن المدة قد انقضت وهو ساكت فلزم البيع وأنه قد فسخ بعد انقضائها . فالمعتبر في هذا قول البائع ، ولا يحق للمشتري

---

(١) — الخيف ( بفتحين ) ان تكون احدي العينين سوداء والاخرى زرقاء ، والوصف منه : أخيف ، وزان « أبيض وأسود » .

الرد حتى يثبت أنه قد فسخ في مدة الخيار .  
هذا ، وإن لهذه القاعدة مستثنيات كثيرة ، لأنها مقيدة في نظر  
الفقهاء بأن الحادث إنما يضاف الى اقرب اوقاته ما لم تؤد هذه الاضافة  
الى نقض امر ثابت .

( ر : شرح المجلة للعلامة علي حيدر تحت هذه القاعدة ) .  
٥٨٠ - ( و ) - « ولا عبء لدلالة في مقابلة التصريح » ( ١٣/م )  
هذه القاعدة مجالها في الاحكام المتعلقة بالتعبير عن الارادة ، من  
ايجاب وقبول ، واذن ومنع . ورضي ورفض ، ونحو ذلك .  
ان تعبير دلالة الحال عن الارادة انما هو خلف عن الكلام الصريح  
عند عدمه ، فاذا وجد التصريح بخلاف ما تنفيده دلالة الحال لم يبق  
للدلالة هذه الخلفية والنيابة في التعبير ، لان دلالة التصريح يقينية ،  
ودلالة الحال والقرائن محل شك .  
ولا فرق في التصريح بين القول والكتابة .

— وعلى هذا نص الفقهاء ان للبائع حق احتباس المبيع عن المشتري  
حتى يدفع هذا اليه الثمن ( ما لم يكن مؤجلاً ) فاذا قبض المشتري  
المبيع قبل دفع ثمنه ، والبائع ناظر ساكت ، اعتبر ذلك اذناً منه لدلالة ،  
فيستقط حقه في احتباس المبيع ، وليس له الا مطالبة المشتري بالثمن .  
لكن اذا صرح البائع للمشتري انه لا يسمح له بأخذ المبيع قبل دفع  
الثمن ، فأخذه المشتري قبل الدفع والبائع ساكت لا يعتبر عندئذ سكوته  
اذناً منه ، بل له استرداد المبيع ، واحتباسه عن المشتري حتى يدفع الثمن .

— وكذلك قالوا : اذا فقد سك الوقفية يتبع في مصارف غلة الوقف تعامل المتولين السابقين ، فيعمل به لأن تسلسل عملهم على طريقة واحدة فيه دلالة على أن هذه الطريقة هي التي شرطها الواقف . ولكن اذا وجد للوقف سك مسجل ، والمتولون يعملون بخلافه فلا عبرة لتعاملهم المخالف لصراحة شرط الواقف .

يتضح مما سلف أن المراد بهذه القاعدة حالة تعارض الدلالة مع تصريح قائم في وقت واحد . أما لو وجدت الدلالة وحدها وأخذت حكمها ، ثم وجد تصريح متأخر بخلاف مدلوها ، فلا عبرة عندئذ لهذا التصريح ، ولا يرفع الحكم الذي تقرر بتلك الدلالة ، تصريح البائع للمشتري بعدم موافقته على قبض المبيع قبل نقد الثمن ، بعد ما أخذه المشتري والبائع شاهد ساكت ، فتصريحه عندئذ لا عبرة له . وقد تقدم الاستشهاد بهذه القاعدة في بعض المناسبات فلتنظر (ف/ ٥٠٦) .

٥٨١ - ( ز ) « لا ينسب الى ساكت قول ؛ ولكن السكوت في مومض الحاجة الى البيان بيان » (م/ ٥٧) .

لأن عدم القول هو المتيقن ، ودلالة السكوت مشكوك فيها ما لم تدعها قرائن مرجحة :

— فلو رأى الشخص بعض ماله في يد غيره يبيعه وظل ساكناً ؛ كان له أن يدعي به بعد ذلك ، ولا يعتبر سكوته عند البيع اعترافاً

بالملكية للبائع ، ولا اجازة للبيع<sup>(١)</sup> .

— وكذلك لو سكنت زوجة العنين سنين لا يكون سكوتها رضى مسقطاً حقها في التفريق القضائي بينها وبين زوجها .

والمراد بمعرض الحاجة الذي يكون فيه السكوت في حكم البيان والتعبير : كل مواطن يلزم فيه التكلم لدفع ضرر . أو غرر ، أو يكون فيه السكوت طريقة عرفية التمييز . وعلى هذا :

( أ ) — لو سأل القاضي المدعى عليه عما يقول في دعوى المدعى ، فاعتصم بالسكوت ، يعتبر منكراً للدعوى فيكلف المدعى الاثبات .

وإذا عجز عن الاثبات وطلب التحليف ، فعرضت اليمين على المدعى عليه ، فسكت أيضاً دون أن يحلف أو ينكل ، يعتبر ناكلاً عن اليمين ويقضى عليه ، لأن توقف سير المحكمة على كلامه يضر المدعي .

( ب ) — وكذا لو علم الشفيع<sup>(٢)</sup> ببيع العقار الذي له فيه حق

---

(١) — هذا ما لم يكن البائع زوجاً أو قريباً محرمًا من الشخص المدعي .  
فان كان البائع زوجاً أو قريباً يعتبر سكوت زوجته أو قريبه عند البيع اعترافاً منه بأنه لا حق له في المبيع . وهذا استحسان منعاً للتلاعب والتغريب بواسطة الاقارب ، ولان الخلطة بينها قرينة تجعل من سكوته اعترافاً بنفاذ البيع .  
والقياس عدم الفرق بين القريب والغريب .

( من شرح والدي رحمه الله على القواعد ) .

(٢) — تقدم ايضاح معنى الشفعة والشفيع فلينظر ( ف/١٠٥ الحاشية ) .

الشفعة ، فسكت عن طلبها ، يعتبر سكوته تسليماً مسقطاً لشفعته ،  
كي لا يعتمد الشفيع الى تقرير المشتري بهذا السكوت حتى يبنى أو  
يفرس ؛ ثم يطلب الشفيع أخذ العقار .

(ج) — ولو سكت الفتاة البكر عند استئذان وليها لها  
بالتزويج ، أو زوجها الولي دون استئذائها ثم بلغها العقد فسكت ،  
اعتبر سكوتها ادناً في الحالة الاولى ، أو اجازة في الثانية ، لدلالة  
الحال ، كما تقدم بيانه في مناسبات عدة ( ر : ف / ١١ و ٥٠٠ ) .

٥٨٢ - ( ح ) - « لا عبرة للتوم » ( ٤٧ / م ) .

المراد بالتوم : الاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول . فهذا لا يبنى  
عليه حكم ، ولا يمنع القضاء ، ولا يؤخر الحقوق .

— فلو شهد الشهود بانحصار ارث المتوفى بوارث أو بورثة معينين  
وقالوا : **لنعلم له وارثاً غيرهم** ويقضى لهم بالإرث ، ولا عبرة لاحتمال  
ظهور وارث آخر ، لأن ذلك موهوم ، فلا يعوق القضاء .

— وكذلك لو أثبت الداتون ديونهم على مفلس أو على تركته ،  
وقال الشهود : **لنعلم له غريباً آخر** ، يعطى المال للحاضرين .

— وكذا أمر الشهود الثقات ، يعتمد على شهادتهم ويقضى بها ،  
ولا عبرة لاحتمال خطئهم أو كذبهم .

٥٨٣ - ( ط ) - « لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل » ( ٧٣ / م ) .

أصل هذه القاعدة ما في « تأسيس النظر » للدبوسي ( ص / ١٩ ) :

« ان التهمة اذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله » .  
 ومعنى تمكن التهمة أن لها مؤيداً من ظاهر الحال وليست مجرد توهم .  
 — وعلى هذا لا تقبل شهادة الزوجين وشهادة الاصول والفروع  
 بعضهم لبعض ، ولا شهادة الاجير الخاص لمستأجره ، لتمكن التهمة  
 الناشئة عن علاقة تدفع الى تحيز مريب يجب أن تتجرد الشهادة عنه .  
 — ولو أقر شخص في مرض موته لبعض ورثته بدين لا ينفذ إقراره  
 الا بتصديق باقي الورثة ، لان احتمال اتخاذ هذا الاقرار مطية لترجيح  
 المقر له على غيره في الإرث هو احتمال قوي تدل عليه حالة مرض الموت .  
 — ومثل ذلك ما لو أقر في مرض موته بدين يزاحم بقية الديون  
 الناشئة في حال الصحة ، وتركته ضيقة ، فان ديون الصحة تكون ممتازة :  
 أي إنها تستوفى قبل الديون التي ليس لها بيئة سوى الإقرار في مرض الموت .  
 فلو كان الاحتمال لادليل عليه لا عبرة له ، كما لو كان الإقرار في حال  
 الصحة ، فانه تصرف طبيعي ؛ فينفذ ولا تقدر فيه هذه الاحتمالات ،  
 لأنها عندئذ مجرد توهم .

٥٨٤ - ( ي ) - « لا عبرة بالظن البين خطؤه » ( م / ٧٢ ) .

**الظن** : هو اعتقاد الاحتمال الراجح الذي ظهر رجحانه على نقيضه بدليل  
 معتبر . فاذا ازداد قوة حتي أصبح خلافاً فهو ما : **فهو غائب الظن** .  
 — **اشك** : تساوي الاحتمالات دون رجحان لاحدها .  
 ومعنى القاعدة أنه اذا بني حكم أو استحقاق على ظن ثم تبين خطؤه بطل .



— فلو دفع المدين الدين ، ثم دفعه عنه وكيله أو كفيله جاهلاً أداء  
الاصيل ، وكذا العكس ، يسترد الدافع الثاني ما دفع .  
— وكذا كل من دفع شيئاً على ظن وجوبه أو صالح عن حق مدعى  
به عليه ، ولو لم يكن أقر به ؛ ثم تبين عدم الحق فله استرداد ما دفع .  
أما إذا لم يكن الدفع على ظن الوجوب ، بل بقصد التبرع ، فإنه  
يجري عليه حكم الهبة ، ويكون عندئذ من فروع القاعدة الأولى  
« الأمور بمقاصدها » .

#### ٥٨٥ - ( ك ) - « الممتنع عادة كالممتنع حقيقة » ( م / ٣٨ )

الممتنع حقيقة هو الذي لا يمكن وقوعه . فهذا لا يقبل الادعاء  
به ، بل يرفض ، كمن ادعى على مساويه سناً أنه ابنه أو أبوه .  
والممتنع عادة هو الذي لا يبعد وقوعه وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد .  
فلو ادعى شخص معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لا يعرف  
أنه أصاب مثلها بارت أو غيره لا تسمع دعواه ولا تقبل له بيته ، مالم  
يثبت مصدراً لهذا المال .

وكذا لو ادعى المتولي أو الوصي أنه أتفق على عقار الوقف أو  
القاصر مبالغ غير محتملة فإنه لا يصدق ولا تقبل بيته .

#### ٥٨٦ - القاعدة الثالثة : « لا ضرر ولا ضرار » ( م / ١٩ ) .

الضرر : إلحاق مفسدة بالغير . والضرر : مقابلة الضرر بالضرر .  
هذه القاعدة بلفظها نص حديث نبوي في رتبة الحسن ، رواه مالك

في الموطأ ؛ وأخرجه ابن ماجه والدارقطني في سننهما .  
وهذه القاعدة من أركان الشريعة ، وتشهد لها نصوص كثيرة في  
الكتاب والسنة ، وهي أساس لمنع الفعل الضار ، وترتيب نتائجه  
في التعويض المالي والعقوبة ، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب  
المصالح ودرء المفاسد . وهي عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في طريق  
تقرير الاحكام الشرعية للحوادث .

( أ ) — ونصها ينفي الضرر نفياً ؛ فيوجب منعه مطلقاً ، ويشمل الضرر  
الخاص والعام . ويشمل ذلك دفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة ،  
ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره .  
وتدل أيضاً على وجوب اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما ، لأن في  
ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه بتاتا .

ومن ثم كان إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافي هذه  
القاعدة ، وإن ترتب عليها ضرر بهم ، لأن فيها عدلاً ودفعاً للضرر  
أعم وأعظم .

( ب ) — والمقصود بمنع الضرر : نفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في  
الضرر ولا يفيد سوى توسيع دائرته ، لأن الاضرار — ولو على سبيل  
المقابلة — لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عامة ؛ وإنما يلجأ اليه  
اضطراً عندما لا يكون غير من طرق التلافي والقمع أفضل منه وأنفع .  
فن أتلف مال غيره مثلاً لا يجوز أن يقابل بالتلاف ماله ، لأن

ذلك توسيع للضرر بلا منفعة . وأفضل منه تضمين المثلث قيمة ما أُلّف ، فإن فيه نفعاً بتعويض المضرور وتحويل الضرر نفسه الى حساب المعتدي ، فإنه سيان بالنسبة اليه إتلاف ماله وإعطاؤه للضرور لترميم الضرر الاول . فأصبحت مقابلة الإلتلاف بالإلتلاف مجرد حماقة . وذلك بخلاف الجناية على النفس والبدن بما شرع فيه القصاص . فن قتل يقتل ، ومن قطع يقطع ، لأن هذه الجنایات لا يقمها إلا عقوبة من جنسها ، كي يعلم الجاني أنه في النهاية كن يعتدي على نفسه ، ومهما تكن العقوبة الاخرى فإنها لا تعيد للمجني عليه ما فقد من نفس او عضو ، فتظل حزازات النفوس كائمة تندفع الى الثأر وتجور وراءها ذبول الولايات والفساد . فيبقى طريق القصاص في الجنایات على النفوس والاعضاء أنفع ، لأنه أعدل وأقمع .

أما إلتلاف المال ، فإن التضمن فيه هو التدبير السديد المفيد دون مقابلة الإلتلاف بالإلتلاف .

وعلى هذه القاعدة بنى الفقهاء أحكاماً لا تحصى من شتى الأبواب ، فقررُوا أنه :

( ١ ) — لو انتهت مدة اجارة الارض الزراعية قبل أن يستحصد الزرع بقى في يد المستأجر بأجر المثل حتى يستحصد ، منعاً لضرر المستأجر بقلع الزرع قبل أوانه .

( ٢ ) — ولو باع شيئاً مما يسرع اليه الفساد كالقواكه مثلاً ، وغاب

المشتري قبل نقد الثمن وقبض المبيع ، وخيف فساد ، فللبائع أن يفسخ البيع ويبيع من غيره ، دفعاً لضرره (رد المحتار من متفرقات البيوع).

٣) - ولو اشترى شيئاً وآجره ، ثم اطلع على عيب قديم فيه ، يعتبر هذا عذراً له يسوغ له فسخ الإجارة ليتمكن من رده على بائعه إزالة للضرر عن نفسه ، والإجارة تفسخ بالاعذار كما تقدم (ف/٢٠١)

٤) - وجميع صور الاضطراب إلى دفع الدين عن الغير بلا إذنه ، حيث لا يعتبر الدافع متبرعاً ، بل يحق له الرجوع على المدين بما دفعه عن ذمته منعاً للضرر عن نفسه كما تقدم ، هي من فروع هذه القاعدة.

٥) - ويجوز حبس المشهورين بالدعارة والفساد حتى تظهر توبتهم ، ولو لم يثبت عليهم جرم معين بطريق قضائي ، دفعاً لشرهم ، لأنهم قد يحتاطون ويتحفظون ، فقد يملأون الدنيا فساداً وأضراراً ولا يمكن اثبات شيء عليهم بطريق قضائي . ( ر: «معين الأحكام» القسم الثالث في القضاء بالسياسة الشرعية ص/٢١٥ و ٢١٨ ) .

٦) - وأوجب الفقهاء احترام الحقوق القديمة من منافع ومرافق وتصرفات ، ولو لم يكن في أيدي أصحابها وثائق مثبتة ، لأن في إزالتها أضراراً بهم ، ما لم يثبت إحداثها بطريق غير مشروع أو يكن فيها ضرر بحقوق العامة ، كما سيأتي .

إلى غير ذلك من الفصول والأحكام الفقهية الكثيرة .

ما ينفرع عنها من القواعد

٥٨٧ - (أ) « الضرر يدفع بقدر الامكان » (٣١/م)

هذه القاعدة تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه ، بكل الوسائل الكافية الكافلة ، وفقاً لقاعدة المصالح المرسلة والسياسة الشرعية ، لان الوقاية خير من العلاج ؛ وذلك بقدر الامكان ، لان التكليف الشرعي على حسب الاستطاعة .

— ففي ميدان المصالح العامة :

شرع الجهاد لدفع شر الاعداء ، ووجبت العقوبات لقمع الإجرام وصيانة الامن الداخلي ، ووجب سد ذرائع الفساد وأبوابه من جميع أنواعه ، إلى غير ذلك من التدابير اللازمة لدفع الشر والحيلولة دونه .

وفي ميدان الحقوق الخاصة :

— شرع حق الشفعة لمقاصد ، منها دفع ضرر سوء الجوار .  
— وشرع الحجر على السفينة لدفع ضرر سوء تصرفاته عن نفسه وأسرته .

— وشرع الحجر على المدين المفلس منعاً لضرر الدائنين من تصرفاته .  
— وحق للقاضي منع المدين من السفر بناء على طلب الدائن حتى يوكل وكيلاً عنه بالخصومة ، ولم يصح منه عزل هذا الوكيل ما دام هو مسافراً منعاً لضرر الدائن ( ر : ف / ٢٠٠ ) .

— وشرع الاجبار القضائي على قسمة المال المشترك القابل للقسمة بناء على طلب أحد الشركاء دفعاً لضرر شركة الملك (ر: ف/١١٦) .  
 — وقرروا إجبار الشريك على المساهمة في نفقات تعمیر العقار المشترك أو ترميمه إذا توهن وكان غير قابل للقسمة. وإذا لم يفعل فلشريكه الآخر أن يعمره ويحبسه عنه بقوة القضاء أو يستغله كله حتى يستوفي حقه .  
 — وقد شرعت بعض الخيارات في العقود لدفع الضرر ، كما في خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين في البيع ، لحاجة بعض المشترين الى التروي والاستشارة قبل البت (ر: ف/١١ ثامناً و١٩١/٣٧٢) .

#### ٥٨٨ - (ب) «الضرر يزال» (م/٢٠)

هذه القاعدة تعبر عن وجوب دفع الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع — ففي ميدان الحقوق العامة : اذا سلط الانسان ميزابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فانه يزال ، وكذا اذا تعدى على الطريق ببناء او غيره .

— وفي ميدان الحقوق الخاصة : يتضمن المتلف عوض ما أتلف ، للضرر الذي أحدثه .

— واذا طالت أغصان شجرة لشخص وتدخلت على دار جاره فأضرته يكلف رفعها او قطعها .

— وقد شرع كثير من الخيارات في العقود لازالة الاضرار الواقعة على أحد المتعاقدين كخيار العيب ، وخيار الغبن بالتفريط ، وخيار

تفرق الصفقة (ر:ف ٢/٩٢) .

٥٨٩- (ج) - «الضرر لا يزال بثله» (م/٢٥)

هذه القاعدة تضع قيداً يقيد سابقتها . فإن إزالة الضرر لا يجوز أن تكون بإحداث ضرر مثله ، لأن هذا ليس إزالة . ويفهم من ذلك أنه لا تجوز إزالته بضرر أعظم منه بحكم الأولوية .

— وعلى هذا : لو لم يجد الإنسان المحتاج إلى دفع الهلاك عن نفسه جوعاً إلا مال محتاج مثله لا يجوز له أخذه .

ولا تفرض النفقة للفقير على قريبه إذا كان فقيراً مثله .

— وكذا لا يجبر الشريك على قسمة المال المشترك غير القابل للقسمة ، لأن في قسمته ضرراً أعظم من ضرر الشركة ( وفي القانون اليوم يزال هذا الشيوع بالبيع وتوزيع الثمن) .

— وإذا ظهر في المبيع عيب قديم ، وحدث فيه عند المشتري عيب جديد ، امتنع رد المبيع بالعيب القديم ، لأن البائع عندئذ يتضرر بالعيب الحادث ؛ بل يزال ضرر المشتري بالزام البائع بالتعويض عن العيب القديم ما لم يرض برد المبيع مع عيبه الحادث .

٥٩٠ - (د) - «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» (م/٢٧)

هذه القاعدة تصرّح بمفهوم المخالفة المستفاد من سابقتها :

— فتفرض النفقة للفقراء على الأغنياء من الأقارب ، لأن ضرر الأغنياء بفرضها أخف من ضرر الفقراء بعدمه .

— ولو بنى مشتري الارض فيها او غرس ، ثم ظهر لها مستحق ،  
فاذا كانت قيمة البناء اكثر حق للمشتري أن يملك الأرض بقيمتها  
جبراً على صاحبها المستحق ؛ والعكس بالعكس .

— وكذا لو ابتلعت دجاجة شخص لؤلؤة ثمينة لغيره فلصاحب  
اللؤلؤة أن يملك الدجاجة بقيمتها كي يذبحها ويستخرج لؤلؤته .

٥٩١ - ( ٥ ) - « يختار أهون الشرين » ( ١٩/م )

٥٩٢ - ( و ) - « اذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضرراً  
بارتكاب أخفها » ( ٢٨/م ) .

هاتان القاعدتان في معنى القاعدة التي قبلها . ويتفرع عنها :

— جواز شق بطن المرأة الميتة لخراج الجنين اذا كانت ترجى  
حياته .

وجواز السكوت عن إنكار المنكرات اذا كان يترتب على  
انكارها ضرر أعظم .

٥٩٣ - ( ز ) - « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » ( ٢٦/م )

— فيحجر على الطبيب الجاهل ، والمفتي الماجن ، والمكاري المقلد<sup>(١)</sup> ؛  
وان تضرروا بذلك ، دفعاً لضررهم عن الجماعة في أرواحها ودينها وأموالها .  
— ويبيع القاضي على المحتكرين أموالهم المحتكرة ، وإن أضرهم

---

(١) المكاري ( بضم الميم ) هو الذي يتعاقد مع راغبى السفر لتقلهم او نقل  
امتعتهم على دوابه . وهو في الماضي كمر كز السفريات والنقل في عصرنا اليوم .



ذلك دفعاً لضرر الاحتكار عن العامة .

— ويجوز التسعير : أي تحديد الاسعار على الباعة ، عند تجاوزهم  
وغلوهم فيها .

— وكذلك يجوز ، بل يجب ، هدم الدور الملاصقة للحريق ،  
منعاً لتجاوزه اذا خيف سريانه .

٥٩٤ - ( ج ) - « درء المفسد أولى من جلب المنافع » ( ٣٠/م )  
لان للمفسد سرياناً وتوسعاً كالوباء والحريق . فمن الحكمة والحزم  
القضاء عليها في مهدها ، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع او  
تأخير لها . ومن ثم كان حرص الشارع على منع المنهيات أقوى من  
حرصه على تحقيق المأمورات .

وقد روي عن النبي عليه السلام انه قال : **ما نهىكم عنه فامتنعوه ،  
وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم** » ( رواه الامام النووي في الأربعين ) .  
— وعلى هذا يجب شرعاً منع التجارة بالمحرمات من خمر ومخدرات  
ولو أن فيها أرباحاً ومنافع اقتصادية .

ويمنع مالك الدار من فتح نافذة تطل على مقر نساء جاره ولو كان  
له فيها منفعة .

— وكذا يمنع كل جار من أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر  
بجيرانه ، كاتخاذ معصرة او فرن يؤذي الجيران بالرائحة او الدخان <sup>(١)</sup> .

---

(١) — وهذا غاية ما وصل إليه التفكير القانوني الحديث في نظرية منع  
التعسف في استعمال الحق ، ( ر : ف/٩٧ / الحاشية ) .

— ويحجر على الطيب الجاهل ونحوه .

— ويمنع الاحتكار والتعدي في الاسعار كما تقدم في القاعدة السابقة .

٥٩٥- ( ط ) - اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع « ( م / ٤٦ )

أي إذا كان الشيء أو العمل محاذير تستلزم منعه ، ودواع تقتضي

تسويغه ، يرجح منعه ، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح كما سلف بيانه في المادة السابقة .

وعلى هذا الأساس :

( ١ ) - يمنع الشريك من التصرف في المال المشترك بصورة تضر

شريكه ، لأن حق شريكه مانع وإن كان حق نفسه مقتضياً .

وكذا أحد صاحبي السفل أو العلو في الأبنية ذات الطوابق .

( ٢ ) - وإذا أقر الشخص في مرض موته لآخر ورثته ولاجني

بدن أو عين مشتركاً لم ينفذ في حق الاجني أيضاً ، لوجود مانع النفاذ في حق الوارث <sup>(١)</sup> .

( ٣ ) - ولو زعم الشخص أنه وكيل المالك المودع بقبض العين

الوديعة ، ولا يئنه له على الوكالة ، فأقر الوديع له بالوكالة ، لا يلزم بدفع

الوديعة اليه ، وإن كان أقاربه يقتضي الزامه بالتسليم ، لأن حق المالك

---

( ١ ) - ر : ( ف / ٥٨٣ ) . وهذا مبني على الرأي المشهور في الاجتهاد الحنفي

من عدم تجزؤ الاقرار . ولو قيل بالنفاذ في صحة الاجني بناء على نظرية امكان تجزؤ الاقرار لكان وجباً ايضاً .

المودع في العين يقتضي عدم تسليمها لاحتمال انكاره التوكيل ، كما تقدم ( ر : ف / ١٦٦ ثانياً ) .

٤ ) — وقالوا في تزكية الشاهد<sup>(١)</sup> : اذا وثقه بعض المزمكين وجرحه بعض ( أي طعن في صدقه وعدالته ) ، يرجح جانب الجرح ، فيرد القاضي شهادته .

مقدمة :

ان هذه القاعدة مقيدة بما اذا لم يكن المقتضي اعظم من المانع فان كان اعظم منه يرجح المقتضي ، اذ قلما يخلو أمر من عذور يكون عدمه احسن لو أمكن .

واما العبرة في الامر والنهي التشريعي لغلبة احد الضدين : النفع أو الضرر ، والخير او الشر ، على الآخر ( ر : ف / ٢٦ ) .

ولذا جاز للوسيط بين المتخاصمين أن يكذب للاصلاح بينهما . وعلى هذا الاساس ايضاً بني في الشرع حكم الاضرار ، ووضعت فيه قاعدة ان « الضرورات تبيح المحظورات » كما سيأتي ( ف / ٦٠٠ ) .

---

(١) اشترطت نصوص الشريعة من الكتاب والسنة لقبول الشهادة أن يكون الشاهد عدلاً : أي ثقة . ولما كثر التزوير أوجب الفقهاء أن يسأل القاضي عن الشاهد أهل المعرفة به ، فإذا وثقه قبل شهادته ، وإلا ردّها . فهذا السؤال والتوثيق يسمى : تزكية الشاهد .

## ٥٩٦ - ( ي ) - « التقديم يترك على قدمه » ( ٦/م )

التقديم في هذا المقام هو : ما لا يوجد وقت يتنازع فيه مع ادرك مبرأه<sup>(١)</sup>. ( ر : القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة / ص ١٥٣ ) .

والمراد بهذه القاعدة ان ما كان في أيدي الناس أو تحت تصرفاتهم قديماً من أشياء ومنافع ومرافق مشروعة في اصلها يبقى لهم كما هو ، ويعتبر قدمه دليلاً على انه حق قائم بطريق مشروع .

وعلى هذا الاساس يقرر ابو يوسف في كتاب الخراج انه : « لا ينزع شيء من يد احد الا بمحرم ثابت معروف » كما تقدم ( ر : ف / ٥٦٠ ) فلو كان لدار انسان ميزاب على دار غيره ، او كان له مسيل او بالوعة أو بئر في أرض غيره ، أو تحميل لجذوع داره على جدار جاره من القديم ، فأراد ذلك الغير ازالته فليس له ذلك ، بل يحق لصاحبه إبقاؤه ولولم يعرف بأي وجه وضع ، لان قدمه دليل على مشروعيته وضعه ، كما لو كان موضوعاً في الاصل لقاء عوض ، او بطريق القسمة ، ونحو ذلك من الأسباب المشروعة . فنعنه ضرر لصاحبه لا مسوغ له ، اذ لو ساغ ذلك لادى هذا الى اهدار معظم الحقوق بعد تقادم عهدها .

---

(١) بخلاف العيب القديم الذي يظهر في المبيع ويحيز للمشتري فسخ المبيع ، فإن المواد بقدم العيب هناك أن يكون موجوداً في المبيع وهو في يد البائع قبل تسليمه للمشتري ، ولو أنه قد حدث بين العقد والقبض .

أما اذا أحدث الشخص شيئاً من ذلك في ملك غيره إحداثاً معروفاً مبدؤه ، فانه يكلف اثبات سببه ومسوغه الشرعي ، أو يمنع .

وأما اذا كان الشيء القديم ليس من الامور المشروعة في الاصل فانه ضرر يزال ولا عبرة لقدمه ، وهذا موضوع القاعدة التالية :

### ٥٩٧ - (ك) «الضرر لا يكون قديماً» (٧/م)

اي لا يحتج بتقدمه ، وليس المراد عدم امكان التقادم فيه .  
هذه القاعدة قيد لسابقتها: أي ان المنافع والمرافق التي يحترم قدمها هي التي لا تكون ضرراً ممنوعاً من اصله شرعاً . فاذا كانت كذلك وجبت ازالتها ولا عبرة لقدمها .

— فلو كان لدار ميزاب او مجرى أقذار على الطريق مضر بالجماعة يزال منها تقادم ، لانه غير مشروع في الاصل ، اذ الشرع لا يقر لاحد بوجه من الوجوه حقاً يضر بالعامّة .

— وكذا لو كان لانسان نافذة وطية تطل على مقر نساء جاره ، فانها تزال ولو كانت قديمة الا ان تكون دار الجار هي المحدثّة تحت المظل<sup>(١)</sup>

على أننا قد رأينا تحت القاعدة السابقة أن الممر والمسيل والبالوعة

---

(١) يلحظ في هذا المقام ان القوانين العقارية النافذة لدينا منذ عهد الاحتلال الفرنسي قد جاءت باحكام جديدة في النوافذ والمطلات لم تراعى فيها هذه الاعتبارات الشرعية .

وامثالها في دار الغير أو أرضه يحترم قدمها ، ولو كان وجودها يقيد حرية تصرفه وذلك ضرر له .

فما هو الضابط في التفريق بين ما يحترم قدمه وإن أضر بالغير ، وبين ما لا يحترم لانه ضرر غير مشروع ؟

لقد استنبط والدي الشيخ احمد الزرقا رحمه الله تعالى في شرحه لهمايتين القاعدتين ضابطاً تؤيده تعليقات نصوص الفقهاء ، خلاصته :

انه ما يمكن استغفاره على الغير بأمره او بسبب المشروعة

بمحترم قدمه ، واوله

فالمر والمسيل مرتفق يمكن ان يستحق بالتعاقد او القسمة في الملك المشترك وغير ذلك من الاسباب المشروعة . فيحترم قدمه عند جهل سببه . وضرر الخصم منه في تقييد حريته يستحق عليه امثاله بعقد المعاوضة وغيره ، لان كل حق يكتسبه شخص على آخر هو منفعة لمكتسبه ونوع ضرر خاص للآخر ، ومع ذلك يستحق عليه بعقد المعاوضة وغيره ، ويورث عن مستحقه .

ففي حالة القدم يمكن حمله على أنه في الاصل وضع بأحد الطرق المشروعة .

أما اضرار جماعة الناس ، وازعاجهم في مرافقهم العامة ، فانه لا يمكن أن يستحق عليهم شرعاً بوجه من الوجوه .

وكذا الإطلال على مقر نساء الغير ، فانه فسق لا يستحق ، ولا يقره الشرع .

ومثل ذلك ما لو كانت بالوعة الدار القديمة تنجس آبار الجيران ، فان قدمها على هذه الصورة لا يحترم كما نص عليه الفقهاء في هذا المقام ( اذ لا يجوز شرعاً تنجيس المياه الطاهرة دون مصلحة ، ولا يستحق ذلك على أحد ) . ولكن صاحبها يكلف ازالة ضررها باصلاح مجراها على شكل يضبطها ويمنع تسربها ، فيبقى عندئذ مجرد مرورها من المنافع التي يمكن استحقاقها على الغير بوجه مشروع ، فان لم يكن اصلاحها وضبطها أو لم يفعله صاحبها ، تزال .

٥٩٨ - ظاهرة الرابعة : « المشقة تجلب التيسير » ( م / ١٧ ) .

لان في المشتقات احراجاً ، والخرج ممنوع عن المكلف بنصوص الشريعة .

هذه القاعدة هي من القواعد الخمس الكبرى التي تقدم انها تعتبر من اسس الشريعة في جميع المذاهب ( ر : ف / ٥٦٢ ) .

ومستندها قول الله تعالى في القرآن الكريم : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ( ١٨٥ / ٢ ) .

وقوله تعالى أيضاً : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » ( ٧٨ / ٢٢ ) . وكذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « ان الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ( ر : ف / ٤٧ ب ) .

وأمثال ذلك من نصوص الشريعة التي تبين سماحتها وسجاحتها .  
والمراد بالمشقة المنفية بالنصوص ، والداعية الى التخفيف والترخيص  
بمقتضى القاعدة ، انما هي المشقة المتجاوزة للمحدود العادي .

أما المشقة الطبيعية في المحدود العادي التي يستلزمها عادة اداء  
الواجبات والقيام بالمساعي التي تقتضيها الحياة الصالحة ، فلا مانع منها  
بل لا يمكن انفكاك التكاليف المشروعة عنها ، لان كل واجب لا يعرى  
عن مشقة : كمشقة العمل واكتساب المعيشة ، والصلاة والصيام في  
حال الصحة ، وبذل النفقات الواجبة ، والجهاد لدفع غوائل الاعداء .  
فلكل من هذه التكاليف والواجبات نوع مشقة تستلزمها طبيعته  
وتختلف بحسبه درجتها . وهذا لا ينافي التكليف ، ولا يوجب التخفيف ؛  
لان التخفيف فيه عندئذ اهمال وتفريط ( ر : الموافقات للشاطبي  
١١٩/٢ - ١٢٣ )<sup>(١)</sup> .

— وعلى هذا الاساس جعل المرض والسفر رخصة في الواجبات  
المرنية ، تسقط بعضها كصلاة الجمعة ، وتؤخر بعضها كالصيام .  
— وكذلك في الحقوق المرنية : فالتقادم ( مرور الزمان ) المانع  
من المطالبة بالحق يمتنع او يتوقف بالمعاذير ، كنقص الاهلية والسفر ؛  
والا كان احراجاً لاصحاب الحقوق .

---

(١) للشاطبي رحمه الله بيان بديع وتفصيل رائع في هذا المقام من  
« الموافقات » : ج ٢ ص ١١٩ - ١٦٨ / فليُنظر .



— والخطأ في الافعال والتصرفات يبذل الاحكام العامة المقررة لها في حال العمد ، لان في المؤاخذه على الخطأ كالعمد احراجاً عظيماً للمكلفين :

— ففي الجنایات تخفف المؤاخذه على الخطأ الى درجة دنيا تناسب مع افتراض ترك الاحتياط فقط من قبل المخطئ .

— وفي الحقوق المدنية يبطل الغلط العقد تارة ، ويسلب لزومه تارة أخرى ، كما تقدم ( ر : ف ٥/١٩١ ) والغلط في العقد نوع من الخطأ .  
— والنسيان يعني الشخص من المسؤولية عن ترك الواجبات الدينية ، وان كان لا تأثير له في الحقوق والقضاء .

— والاكره يمنع الزام المستكره بعقده ، واذا كان اكرهاً ملجئاً فان الشرع يقيم به للمستكره عذراً فيما يقدم عليه من محظورات الافعال التي يستكره عليها .

— وجبل الوكيل بعزل موكله له تستمر معه وكالته وتنفذ عقوده دفعاً للخرج ( ر : ف ٢٠٠ ) .

— والاضطرار يبيح المحرمات المضطر إليها مدة وجوده كما سئى ( ر : ف ٦٠٠ ) .

— وقلة عدالة الشهود تسوغ قبول شهادة الامثل فالامثل ، كما تقدم ، ( ر : ف ٥٤٨ ) .

— واعتبار عرف الناس في كثير من المواطن مبني على هذه

القاعدة ، مادام لا يصادم أسس الشريعة، لأن في عدم رعاية العرف ، وعدم اعتبار سلطانه، حرجاً عظيماً على الناس كما تقدم(ر/ف ٥١٨) .  
يتضح من ذلك أن المشقة ، لكي تجلب التخفيف والتيسير ، لا يجب أن تكون باللغة درجة الاضطراب الملجئ ، بل يكفي أن تكون درجة الحرج والعسر مما تتكون به حاجة ظاهرة الى تدبير يعود بالأمر الى السهولة واليسر ، وعن هذا وضعت القاعدة القائلة « الحاجة تنزل منزلة الضرورة » كما سنرى في القواعد المتفرعة .

#### ما ينفع غيرها من القواعد :

٥٩٩ - (أ) - « الامر اذا ضاق اتسع » (م/١٨)

وكذلك « اذا اتسع ضاق » ( ر : مرآة المجلة تحت هذه القاعدة )  
— أي إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص او الجماعة ، او طرأ ظرف استثنائي اصبحت معه الحكم الاصلي المشروع للحالات العادية حرجاً للمكلفين ومرهقاً لهم حتى يجعلهم في ضيق من التطبيق ، فإنه يخفف ويوسع عليهم حتى يسهل ، مادامت تلك الضرورة قائمة. فهذا معنى انه : إذا ضاق الأمر اتسع .

— فاذا انفرجت الضرورة وزالت عاد الحكم الى أصله . وهذا معنى أنه اذا اتسع الأمر ضاق .

وهذه القاعدة في معنى سابقتها ، وما قيل في تلك يقال في هذه .

٦٠٠ - ( ب ) - «الضرورات» (٢١/م) هذه القاعدة مستفادة من استثناء القرآن حالات الاضطراب الطارئة في ظروف استثنائية بقوله تعالى : « وما اضطررتم » بعد تعدده طائفة من المحرمات .

— فيجوز كشف الطبيب على عورات الاشخاص اذا توقفت عليها مداواتهم .

— ومن خشي الهلاك جوعاً أو عطشاً أو غصصاً في مكان ما ، ولم يجد سوى الميتة ، أو الخنزير ، أو الخمر ، أو مال شخص آخر غير مضطر مثله ، جاز له ، بل وجب عليه ، أن يتناول منه لدفع الهلاك . وعلى ذلك يقاس غيره .

والذي أراه أنه لا يشترط تحقق الهلاك بالامتناع عن المحظور ، بل يكفي ان يكون الامتناع مفضياً الى وهن لا يحتمل ، أو آفة صحية . والميزان في ذلك ان يكون ما يترتب على الامتناع اعظم محزوراً من اتيان المحظور : فصيانة النفس عن الهلاك اعظم وواجب من صيانة مال الغير واحترام حقه ، او من اكل الخنزير او الميتة .

على ان من المحظورات ما لا يباح بحال ، وان كان الاضطراب يخفف لاثم بعضها ، وهي عند فقهاءنا ثلاثة : « الكفر » ، « القتل » ، « الزنى » .

— فالتهديد ولو بالقتل لا كراه الشخص على الكفر لا يعذره في الكفر ، ولكن يبيح له التظاهر به مع اطمئنان قلبه بالايان . على ان الصبر على

القتل دون هذا التظاهر أفضل له، لانه أعظم لقوة الاسلام في نظر أعدائه.  
— والتهديد ولو بالقتل لا كراه الشخص على قتل غيره لا يبيح له قتله  
وان كان لو فعل لا قصاص عليه ، بل على من اكرهه كما تقدم (ر: ف  
١٨٥: ٢ الحاشية) .

— واكره الرجل ولو بالقتل على الزنى لا يبيح له الاقدام شرعاً،  
وان كان يسقط عنه عقوبة الحد ، لان للزنى مفسد ذات ذبول في  
الاسرة والمجتمع أعظم من موت شخص . ( الدر المختار في  
الاكره ١٨٥/٥ ) .

٦٠١ - (ج) - «الضرورات تقدر بقدرها» (٢٢/م)

هذه القاعدة قيد لسابقتها. فلا يباح بالضرورة محظور أعظم محظوراً  
من الصبر عليها، كما أن الاضطراب انما يبيح من المحظورات مقدار ما يدفع  
الخطر ، ولا يجوز الاسترسال ، ومتى زال الخطر عاد الخطر .  
— فاذا احتيج لمداداة العورة يكشف الطبيب بمقدار ما يحتاج  
إلى تشفه فقط .

— وبالنسبة الى المرأة لا يجوز أن يطلع على عورتها للتطبيب أو  
التوليد رجل إذا وجدت امرأة تحسن ذلك ، لان اطلاع الجنس على  
جنسه أخف محظوراً .

٦٠٢ - (د) - «الاضطرار لا يبطل حق الغير» (٣٣/م)

وانما يبعد الاضطراب معذرة تسقط الاثم وتعفي من عقوبة التجاوز

على حق الغير ، ولا ضرورة لابطال الحق :

— فمن اضطر لدفع الهلاك عن نفسه أن يأكل طعام غيره ، فإن عليه ضمان قيمته .

— أما من أكره بملجئ على اتلاف مال الغير فإن ضمان قيمة المال

على من باشر الاكراه ، لانه أولى من الفاعل بتحمل التبعة .

٦٠٣ - (٥) الحاجة تنزل منزل الضرورة ، عامة كانت او خاصة « (٣٢/م) » .

الضرورة : أشد درجة ودافعاً من الحاجة فالضرورة: ما يترتب على عصيانها خطر ، كما في الاكراه الملجئ ، وخشية الهلاك جوعاً .

أما الحاجة : فهي ما يترتب على عدم الاستجابة اليها عسر وصعوبة . والمراد بكونها عامة : أن يكون الاحتياج شاملاً لجميع الامة ، والمراد بكونها خاصة أن يكون الاحتياج لطائفة منهم كأهل بلد أو حرفة ؛ نظير ما تقدم في معنى العرف العام والخاص . وليس المراد بخصوصها أن تكون فردية .

ومعنى القاعدة : ان التسهيلات التشريعية الاستثنائية لا تقتصر على حالات الضرورات الملجئة ، بل حاجات الجماعة بما دون الضرورة توجب التسهيلات الاستثنائية أيضاً ، كما يتضح من التفاريع التالية :

(١) — فعلى هذا الاساس شرعت بنصوص الشريعة الاصلية أحكام من قبيل الاستثناء من قواعدها العامة للاحتياج اليها ، فقد ورد مثلاً

في السنة أن النبي عليه السلام « نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ،  
ورخص في السلم » ( ر : ف / ٥١٨ ) .

فترخيص الشريعة في السلم ، مع أنه بيع المعدوم الذي منعه النص  
العام ، إنما هو نظر لحاجة كثير من الناس الى بيع متوجاتهم واستلاف  
اثمائها قبل انتاجها للاستعانة على الانتاج .

(٢) - وعلى هذا الاساس ايضاً جوز الفقهاء في الاحكام الاجتهادية  
بيع الثمار التي تتلاحق في الظهور متى بدا بعضها وأمن العاهة ، وان  
كان معظمها معدوماً لم يبد بعد ، نظراً للحاجة .

(٣) - وجوز ايضاً نزول الحمام بأجر مع جهالة المدة التي سيمكثها  
الشخص ، وجهالة مقدار الماء الذي سيستهلكه ، نظراً للحاجة ايضاً .  
(٤) - وجوز بيع الوفاء استثناء من القواعد للحاجة ايضاً  
( ر : ف / ٢٧٤ ) .

(٥) - وجميع الاحكام التي قرر الفقهاء تبدلها بتغيير الزمان او فساد  
إنما تقرر أحكامها الجديدة وتبدل تبعاً للحاجة .

(٦) - واعتبار العرف عاماً كان أو خاصاً ، وتحكيمه في الاحكام ،  
إنما هو استجابة لداعي الحاجة ، بما تقدم بيانه في نظرية العرف .

يتضح من ذلك ومن بقية الامثلة التي يوردها الفقهاء عن الضرورة  
والحاجة أنها يفترقان في الحكم من ناحيتين :

( أ ) - ان الضرورة تبيح المحظور سواء أكان الاضطراب حاصلًا

للفرد أم الجماعة بخلاف الحاجة ، فانها لا توجب التدابير الاستثنائية من الاحكام العامة إلا إذا كانت حاجة الجماعة . وذلك لان لكل فرد حاجات متجددة ومختلفة عن غيره ، ولا يمكن لكل فرد تشريع خاص به بخلاف الضرورة فانها نادرة وقاسرة .

ب - ان الحكم الاستثنائي الذي يتوقف على الضرورة هو اباحة مؤقتة لمختلطين ممنوع بنص الشريعة ، تنتهي هذه الاباحة بزوال الاضطراب ، وتقييد بالشخص المضطر .

أما الاحكام التي ثبتت على بناء الحاجة فهي لا تصادم نصاً ، ولكنها تخالف القواعد والقياس ، وهي ثبت بصورة دائمة يستفيد منها المحتاج وغيره .

وبذلك تفرق الحاجة عن العرف الخاص أيضاً ، لان الحكم الذي يثبت بالعرف الخاص يقتصر على أهل العرف فقط كما تقدم .

( من شرح والدي رحمه الله على القواعد بتصرف وإيضاح ) .

٦٠٤ — القاعدة الخامسة : العادة محكمة ، <sup>(١)</sup> ( م / ٣٦ )

المراد بالعادة في هذه القاعدة هو العرف بنوعيه : اللفظي والعملي . فهي تعبر عن مكانة العرف واعتباره في الشريعة الاسلامية ، وعن سلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل .

---

( ١ ) — محكمة بتشديد الكاف المفتوحة : اسم مفعول من التحكيم .

وهذه القاعدة والقواعد الآتية المتفرعة عنها قد تقدم الاستشهاد بها والاستناد اليها في مناسبات عدة من نظرية العرف صالحة لان تكون شرحاً ، وتمثيلاً لتطبيقها ، فلاحاجة لاعادة ذلك هنا ، ( ر : ف ٤٨٢ - ٤٩٩ ) .

### ما يتفرع عنها من القواعد

٦٠٥ - ( أ ) « استعمال الناس » نجة يجب العمل بها « ( ٣٧/م )

هذه القاعدة في معنى اصلها القائل : « العادة محكمة » ، وهي مثلها تشمل العرف اللفظي والعملي ، لان الاستعمال معناه هنا العادة والعرف مطلقاً .

٦٠٦ - ( ب ) « انما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت » ( ٤١/م )

٦٠٧ - ( ج ) « العبرة بالغالب الشائع لا للتادو » ( ٤٢/م )

هاتان القاعدتان تعبران عن بعض شرائط اعتبار العرف التي تقدمت في بحث نظريته ، وهي شريطة الاطراد او الغلبة ، وقد سبق ايضاحها هناك ( ر : ف / ٥٠٤ ) .

٦٠٨ - ( د ) « الحقيقة تترك بدلالة العادة » ( ٤٠/م )

٦٠٩ - ( هـ ) « الكتاب كاطلاب » ( ٤٠/م ) .

٦١٠ - ( و ) « الاشارات المعهودة للاخرس كالبيان بالسان » ( ٧٠/م )

هذه القواعد الثلاث تضع اسس اعتبار العرف اللفظي في الكلام وما يقوم مقامه عرفاً ايضاً في التعبير من كتابة وإشارة .



وقد تقدم الاستشهاد بها في نظريتي العقود والعرف ( ر : ف /  
١٥٦ - ١٥٨ و ٤٩٣ - ٤٩٥ ) .

٦١١ - ( ز ) - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ( م / ٤٣ )  
٦١٢ - ( ح ) - « التمييز بالعرف كالتعيين بالنص » ( م / ٤٥ )  
٦١٣ - ( ط ) « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » ( م / ٤٤ )  
هذه القواعد الثلاث تعبر عن سلطان العرف العملي .

والقاعدة الثالثة منها تضع المبدأ المقرر في اعتبار العرف الخاص  
كعرف التجار ، وأرباب الحرف والصنائع ، وأهل بلد معين ، فأنه  
سلطاناً حاكماً كالعرف العام ، لكنه يقتصر على متعارفيه دون سواهم .  
وقد تقدم أيضاً في نظرية العرف ما يشرح هذه القواعد ( ر : ف /  
٤٩٦ - ٤٩٩ ) .

٦١٤ - ( ي ) « لا يكتفى بتغير الأحكام بتغير الأزمان » ( م / ٣٩ )  
تقدم الكلام على هذه القاعدة مفصلاً آخر نظرية العرف ( ر : ف /  
٥٣٩ - ٥٥٣ ) .

٦١٥ - « قاعدة السادسة : » « إعمال الكلام أولى من إهماله ،  
( م / ٦٠ ) .

إعمال الكلام : إعطاؤه حكماً وإهماله : عدم ترتيب ثمرة عملية عليه .  
ومعنى القاعدة أن اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف  
إذا كان حمله على أحد المعاني الممكنة لا يترتب عليه حكم ، وحمله على معنى

آخر يترتب عليه حكم. ، فالواجب حمله على المعنى المفيد لحكم جديد ،  
لأن خلافه إهمال والغاء ، وإن كلام العقلاء يسان عن الإلغاء ما أمكن  
( ر : القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص / ١٥٥ )

— وعلى هذا : لو أقر شخص بألف عليه لآخر بموجب صك ولم  
يبين منشأها ، ثم أقر ثانية في صك آخر بألف كذلك ، يطالب بالالفين  
ولا يقبل قوله : إنها واحد .

— ومثل ذلك لو أوصى بمائة ألف وجوه الخير ، ثم أوصى بمائة كذلك  
تعتبر الوصية مائتين ، ولا يقبل قول الورثة انه اراد بالثانية عين الاولى .  
— وكذا لو طلق زوجته بقوله : أنت طالق ، أنت طالق ، تعتبر  
في نظر القضاء طلقتين ؛ ولا تحمل الثانية على أنها تأكيد للاولى ، مالم  
تقم قرينة على قصد التأكيد ؛ لأن الأصل في الكلام التأسيس  
لا التأكيد .

أما في حكم المراجعة اذا كان ناويا التأكيد فهما واحدة .  
ومعنى التأسيس : أن يفيد الكلام فائدة جديدة غير مأفودة سابقه .  
وقد تفرعت عن هذه القاعدة قواعد عدة ترسم كيفية أعمال الكلام  
الذي أوجبه هذه القاعدة ، وتبين الطرق الراجعة المعقولة فيه . وهي  
القواعد التالية :

وما يتفرع عنها من المفردات

٦١٦ - (أ) - « الاصل في الكلام الحقيقة » (م/١٢)

« الحقيقة » : هي المعنى الاصيل الذي وضع له اللفظ .  
ويقابلها « المجاز » وهو كل معنى آخر لم يوضع له اللفظ . ولكن  
بينه وبين المعنى الحقيقي علاقة تسوغ للمتكلم أن يقصده بذلك اللفظ  
اعتماداً على قرينة تدل على انه قد اراده دون المعنى الحقيقي .  
فلفظ « المحكمة » مثلاً حقيقة معناه هو مكان الحاكم . فاذا اريد به  
الحاكم نفسه ، كما في قولنا : حكمت المحكمة ، كان مجازاً .  
ولفظ « اقتل » حقيقة معناه ازهاق الروح . فاذا استعمل بمعنى  
الضرب الموجه كان مجازاً .

ومعنى القاعدة : ان اعمال كلام المتكلم ، من شارع وعاهد وحالف  
وغيرهم ، يجب فيه حمل الفاظه على معانيها الحقيقية عند الخلو عن  
القرائن التي ترجع ارادة المجاز .

— فلو قال لآخر : وهبتك هذا الشيء ، فأخذه المخاطب ، ثم ادعى  
القائل أنه اراد بالهبة البيع مجازاً ، وطلب ثمناً ، لا يقبل قوله ، لان  
الاصل في الكلام الحقيقة ، وحقيقة الهبة تمليك بلا عوض .

بخلاف ماذا قال له : وهبتك بدينارين ، فان ذكر الدينارين على  
سبيل العوضية قرينة على انه اراد بالهبة البيع مجازاً ، فيحمل عليه .

— وكذا لو وقف الواقف على «مورده» دخل الابناء مع البنات لأن لفظ «مور» حقيقة فيها .

— وكذا لو وقف على «أولاد اولاده» دخل في الوقف اولاد البنات .  
ولو اوصى لاولاد فلان ، وكان لفلان اولاد صلييون وحفدة ،  
انصرفت الوصية الى الاولاد الصلييين - أي الطبقة الاولى من ذريته -  
لأنه المعنى الحقيقي للفظ «الاولاد» .

٦١٧ - (ب) - « اذا تعذرت الحقيقة بعار الى المجاز » (٦١/م)  
لأن المجاز عندئذ يتعين طريقاً لإعمال الكلام ، واجتناب اماله ؛  
— فلو وقف على « اولاده » ولم يكن له حين الوقف إلا حفدة  
انصرف الوقف اليهم على سبيل المجاز ، لأن المعنى الحقيقي للفظ  
الاولاد - وهو الاولاد الصلييون - متعذر ، والحفيد يسمى ولداً  
مجازاً ، فينصرف اللفظ اليه ، وذلك خير من اماله .

— ومثل تعذر الحقيقة تعسرها ، كمن حلف لياً كمن من هذه الشجرة  
فان حقيقة الاكل منها هو أكل خشبها ، وذلك عسير ، فيكون قرينة  
على ارادة المجاز ، وهو الاكل من ثمرها ، فينصرف المعنى اليه . وهذا  
هو العرف اللفظي أيضاً في مثل هذه اليمين .

٦١٨ - (ج) - « المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد  
نصاً أو دلالة » (٦٤/م)

الإطلاق والتقييد هما من صفات الألفاظ .

فاللفظ المطلق: هو ما دل على امر مجرد عن القيود التي توجب فيه بعض الأوصاف أو الحدود . واللفظ المقيد : هو الذي يكون محددًا بشيء من تلك القيود . فلفظ ( فرس ) مطلق . و ( فرس بيضاء ) مقيد بوصف البياض . ولفظ (مكان) مطلق . و ( مكان الكل ) مقيد .

#### حالات الاطلاق

فلو وكل شخص آخر بشراء «فرس» فاشتراها حمراء، فقال الموكل إنما أردت ببيضاء ، يلزم بما اشتراها الوكيل ، لأن كلامه مطلق فيجري على إطلاقه .

— وكذا اذا وكله بشراء متاع فاشتراه له بثمان المثل ، فقال الموكل إنما أردت أن تشتريه من السوق الفلانية ، أو بثمان أقل . فلا عبرة لقوله ، وينفذ عليه الشراء ، لأن أمره للوكيل مطلق عن القيود ، فيجري على إطلاقه .

— وعقد الاعارة المطلق يسوغ المستعير جميع وجوه الانتفاع بالحدود المعتادة ، فلا يتقيد بمكان أو زمان أو طريقة بما ليس عليه دليل .

#### حالات التقيد

— أما اذا وجدنا ما يفيد تقيد المطلق من نص أو دلالة ببعض القيود فإنه يتقيد :

أ) — فان قيل بانص كما لو قال الموكل لو كيله في البيع مثلا :  
« بع بعشرين » فلا ينفذ ببيع بأقل .

وإذا حدد المعير للمستعير مدة فانه لا يملك الانتفاع بعدها .  
 ب) — والتقييد بالرد كما لو وكل حامل غيره بشراء حصان  
 فاشترى له حصاناً أصيلاً من خيل السباق الثمينة ، فانه لا ينفذ عليه الشراء  
 لأن حاله تنبىء بان المراد حصاناً للتحميل ، وان كان اللفظ مطلقاً .  
 وكذا لو كلف شخص غيره بشراء أضحية فشرها له بعد انقضاء  
 العيد ، او وكله بشراء مدفأة فاشتراها له بعد انقضاء الشتاء ، أو باستئجار  
 دار فاستأجرها له بعد سنة مثلاً ، فكل ذلك لا ينفذ على الأمر لقيام  
 دلالة التقييد الزماني .

ودلالة العرف كدلالة الحال في التقييد عند أبي يوسف ومحمد  
 فلو وكل شخص غيره ببيع شيء تقييد بضمن المثل وبالتقد ، فلا يملك  
 بيعه بأقل أو بالنسيئة نظراً للعرف ، وكذا لو وكله بإيجار داره لم يملك  
 إيجارها مدة طويلة لسنين .

وعند أبي حنيفة يملك ذلك نظراً لعموم رأي صاحبيه اوجه كما هو ظاهر .  
 واتفقوا على ان وكيل الشراء يتقيد بضمن المثل ، فلا ينفذ على  
 الموكل شراؤه بأكثر منه .

٦١٩ — « ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله » ( ٦٣/م )

— فتطليق الرجل نصف امرأته أو ربعها مثلاً تطلق به كلها .

وتطليقه اياها نصف طلاقه تقع به طلاقه .

— وفي الكفالة بالنفس ( ر : ف / ٢٧١ ) اذا كفّل الكفيل ربع

الشخص كان كفيلا بالشخص لعدم امكان التجزئة .  
 بخلاف الكفالة بالمال ، فلو كفل بجزء من الدين كربعه أو خمسة ،  
 أو كفل بمبلغ محدود منه لم يكن كفيلا بأكثر ، لأنه مما يتجزأ .  
 وكذا لو أبرأ الدائن مدينه عن جزء فقط من الدين برىء عن  
 ذلك الجزء فقط .

#### الاستثناءات :

هذا ، وقد استثنوا من هذه القاعدة ما لو قال شخص لآخر :  
 نصني كفيلا لك بدين فلان ، فان الكفالة لا تنعقد .  
 ٦٢٠ - ( هـ ) - « الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر » ( م / ٦٥ )  
 تقدم الكلام على هذه القاعدة في نظرية العقود ، ( ف ١٩١ / ٥ ) .  
 ٦٢١ - ( و ) - « السؤال معاد في الجواب » ( م / ٦٦ )  
 أي اذا ورد جواب باحدى الأدوات المجملة مثل ( نعم . وبلى )  
 بعد سؤال مفصل ، يعتبر الجواب مشتملا على ما في السؤال من تفصيل ،  
 لأن مدلولات هذه الادوات يعتمد على ما قبلها .

فاذا سئل : هل لفلان عليك كذا وكذا بسبب كذا ، فأجاب  
 نعم ؛ أو سئل : اليس له عليك كذا ، فأجاب : بلى ، كان مقراً بجميع  
 ما ورد في السؤال ، ولو لم يكرره .

٦٢٢ - ( ز ) - « إذا تعذر إعمال الكلام بهل » ( م / ٦٢ )  
 التعذر في إعمال الكلام : هو أن لا يمكن حمله على معنى صحيح  
 ولو مجازاً ، فيكون لغواً ، فيهمل .

والتعذر قد يكون حسياً او شرعياً :

أ) فالتعذر المسمى كـ لو ادعى شخص على غيره أنه قطع يده أو اعترف بأنه قطع يد غيره ، واليد في الحالين قائمة مشبوبة .  
ومثل ذلك ما لو أقر شخص لمساويه سناً ، أو لشابت النسب من غيره ، أنه ابنه .

ب) - وأما التعذر المسمى فكما لو أقر شخص بأن اخته تراث ضعفي حصته من تركه أبيه . فكل ذلك كلام مهمل غير ملزم .  
بخلاف ما لو اعترف لها أنها تستحق مقداراً من المال في التركة مساوياً لحصته أو أكثر منها ولم يعين أنه من طريق الارث ؛ فإن هذا الاقرار صحيح ملزم لان استحقاق الاخت ما أقر لها أخوها به يمكن بأسباب كثيرة مشروعة ، كما لو كانت قد أقرضت مورثها قبل موته مبلغاً من المال .

- ولو كفل شخصاً ولم يبين أنها كفالة بالنفس او بالمال لا تصح لاختلاف احكامها وعدم معرفة المقصود ، فيتعذر التنفيذ (رد المحتار أوائل الكفالة) .

٦٢٣ - انقضاء اليمين : ولا مسأغ للاجتهاد في مورد النص ، (م/١٤) النص : خطاب الشارع ، وهو آيات القرآن والأحاديث النبوية الصحيحة : أي الثابتة .

ولكن المراد بالنص هنا : هو ما يشمل الإجماع الثابت بالنقل الصحيح .



و**أدلتها** ، وهو نوعان : بذل الجهد العلمي في استنباط الاحكام الشرعية من أدلتها ، وهو نوعان :

- اجتهاد الفقهاء في فهم النص التشريعي .
- واجتهادهم في قياس حكم لانص فيه على حكم منصوص عليه .
- ( أ ) — فأما الاجتهاد في فهم النص فلا بد منه مع وجود النص لمعرفة تطبيقه . ولكن عمله انما هو عند غموض النص واحتماله وجوهاً مختلفة في تفسيره وتطبيقه .
- فإذا كان النص صريحاً واضحاً في افادة الحكم الذي ورد لأجله بصورة لا تحتل التأويل لم يميز تأويله بما يخرج عنه ظاهره ، أو لا يحتمله .
- فتلاً قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « **أبينة على المدعي واليمين** على من أنكركم » صريح واضح في قبول البينة من المدعي لأجل الاثبات .
- فلا يسوغ لاحد أن يجتهد في فهمه بعكس هذا التوزيع ، فيقبل البينة من المدعي عليه . ولا يقبلها من المدعي ، أو يجعل الخيار للحاكم في تكليف من يشاؤه من الخصمين المتقاضين بالبينة أو اليمين ، ومنع الآخر منها .
- أما قبول بينة معاكسة من المدعي عليه للترجيح بينها وبين بينة المدعي فانه لا ينافي هذا النص لأن هذا التدبير لا يمنع المدعي من الاثبات الذي منحه اياه النص ، وإنما هو وسيلة لتمحيص البينات والقضاء بالاقوى .

( ب ) — وأما الاجتهاد عن طريق القياس ، فلا يجوز الالتجاء

إليه مع وجود نص ثابت في الحكم المطلوب معرفته، لأن محل القياس إنما هو عند عدم النص .

على أنه قد يوجد حديث نبوي مروي في موضوع فإراء بعض الفقهاء صحيحاً ( أي رواته كلهم ثقات يعتمد على روايتهم ) فيأخذ به ويترك القياس المخالف له ، بينما لا يراه غيره بالغاً درجة الصحة ، فيتركه ويلجأ الى القياس .

يستخلص من ذلك أن الاجتهاد الممنوع في مورد النص هو ما كان مصادماً لنص ثابت وواضح في المعنى الذي ورد فيه وضوحاً لا يحتمل التأويل <sup>(١)</sup> .

وهذا مبدأ مقرر في النظر القانوني أيضاً ، فلا مجال للقضاة أن يجتهدوا في أحكامهم مع وجود نص قانوني صريح بخلاف اجتهادهم ، لأن مهمة القاضي التطبيق لا التشريع .

٦٢٤ — القاعدة «ثامنة» : « الاجتهاد لا ينقض بمثله » ( م / ١٦ ) .

فمن اجتهد في حكم حادثة فافتى بها او قضى ، ثم وقعت أخرى نظيرها فتبدل فيها اجتهاده الى حكم مخالف ، لا تنقض فتواه او قضاؤه السابقان ، وإنما يعمل باجتهاده الجديد في الحادثة الجديدة ، إذ لو ساغ نقض العمل بالفتاوى والاحكام الاجتهادية كلما تبدل اجتهاد المجتهد لما استقر حكم في حادثة ، لان الاجتهاد عرضة للتبدل دائماً بتبدل وجهات

---

(١) — وهو ما يسمى في علم اصول الفقه : قطعي الثبوت والدلالة .

النظر في الدليل .

وقد اشتهر عن عمر بن الخطاب (رض) أنه قضى في حادثة بجم، ثم رفع اليه نظيرها فتبدل اجتهاده وقضى فيها بخلاف قضائه الاول ، فقيل له في ذلك فأجاب : « **نلك على مانفينا وهذه على مانفسي** » . وقد جرت كلمته هذه مجرى الامثال (ر: حاشية الحموي على « الاشباه » لابن نجيم تحت هذه القاعدة ١/١٤١) .

وهذا مبدأ قانوني مقرر أيضاً ، فإن محاكم النقض العليا ، التي يعود اليها النقض والابرار ، إذا تبدل اجتهادها القضائي في حادثة أو في فهم مادة قانونية لا يسري ذلك على ماضي ؛ فلا ينقض مايت فيه من قضايا ، وإنما يعمل باجتهادها الجديد في القضايا الجديدة .

وكما لا ينقض اجتهاد المجتهد بتبدل اجتهاده نفسه لا ينقض باجتهاد مجتهد غيره ؛ بل على كل مجتهد أن يحترم اجتهاد سواه ، لعدم المرجح بعد تحقق رتبة الاجتهاد فيهما .

**٦٢٥ — القاعدة التاسعة :** « ماثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه » او « ماثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس » (م/١٥) رأينا في مناسبات عدة ان كثيراً من الاحكام تقرره الشريعة على خلاف القياس : أي تعطيه حكماً استثنائياً على خلاف مقتضى القواعد العامة السارية على أمثاله ، لوجود اعتبارات تشريعية خاصة به . فالوصية مثلاً تملك مضاف لحالة ما بعد الموت ، وهي الحالة التي

تقطع فيها حقوق الشخص في أمواله ، وتتعلق بها حقوق ورثته. فهي ثابتة على خلاف القياس ، لأن الشارع أراد أن يفتح بها للشخص باباً يتدارك به ما فاتته من أعمال البر والاحسان التي قد تشعح بها نفسه حال الحياة خشية من الاحتياج .

فلا يجوز أن يقاس عليها تجويز إضافة غيرها من التصرفات الى ما بعد الموت كالهبه والاعارة ، والبيع والاجارة مثلاً ؛ بان يعقدها الشخص في حياته عقداً مضافاً الى ما بعد الموت .

أما لو أوصى بأن يباع بعد موته شيء معين من تركته لفلان بنصف قيمته مثلاً ، أو أن يعار له ، فهذا سائغ لأن وصية بالبيع أو الاعارة ، لا عقد حاضر مضاف الأثر الى ما بعد الموت .

#### ملاحظة :

ويجب أن يلحظ أن ما ثبت على خلاف القياس إنما لا يجوز أن يقاس عليه في النقطة التي خالف فيها القياس ، أما من وجه آخر لم يخالف فيه القياس فلا مانع أن يقاس عليه .

ولذا قالوا : إن احكام الوقف تستقي بطريق القياس من أحكام الوصية ، فتقاس مثلاً مسؤولية متولي الوقف على مسؤولية الأوصياء في تنفيذ الوصية .

٦٢٦ — الفقرة العاشرة : «إذا زال المانع عاد الممنوع» (م/٢٤)

تقدم أول نظرية العقود في البحث عن المانع شرح هذه القاعدة

( ر : ف / ١٤٣ ) .

ما يتفرع عنها من اقوالهم

٦٢٧ - د ماجاز لعذر بطل بزواله « ( م / ٢٣ )

— ففي أمور البرية : اذا زال المرض المسوغ له فطار خلال رمضان وجب الصيام فيما بقي .

واذا زال الاضطراب للمسيح المحظور ارتفعت الاباحة . وهكذا ...

— وفي الامور انقضائية : اذا شب حريق في دار ، فأخرج صاحبها ما عنده من ودائع وسلمها لبعض الجيران ، فهو معذور في ذلك ولا يضمنها ان تلفت ، فاذا انتهى الحريق فتركها عندهم فهلكت كان مقصراً فيضمنها لزوال عذره الذي سوغ وضعها لديهم .

٦٢٨ - افقادة الفدية عشرة : د ما حرم أخذه حرم اعطاؤه . ( م / ٣٤ ) .

وذلك لأن الاعطاء عندئذ اعانة وتشجيع على أخذ المحرم ، فيكون المعطي شريك الآخذ في الاثم .

وعلى هذا لا يجوز اعطاء الرشوة ، والربا ، والاجرة على النياحة ، وعلى سائر الأعمال الفسقية ، كما لا يجوز أخذ ذلك .

الاستثناءات :

ويستثنى من هذه القاعدة ما يدفع للأشرار والهجانين للتخلص من أذاهم ولسانهم عند فقدان السلطان الوازع ، وما يدفعه المستقرض

بالربا في حالة الاضطرار ، وما يدفعه الوصي من بعض مال اليتيم الى غاصبه لتخليص الباقي اذا لم يمكن تخليصه دون ذلك .  
ففي جميع ذلك وامثاله تكون الحرمة مقيمة على الآخذ دون المعطي .

ما يفرع عنها من القواعد

٦٢٩ - « ما حرم فعله حرم طلبه » ( ٣٥/م )

لأن السكوت على المحرم غير جائز شرعاً بل يجب انكاره وتغييره .  
فطلبه محرم كذلك بحكم الاولوية .

فتكليف الشخص غيره بفعل جريمة مثلاً يستحق به نصيباً من العقوبة

الاستثناءات :

يستثنى من القاعدة جواز طلب المدعي تحليف خصمه اليمين مع علمه بكذبه فيها .

٦٣٠ - القاعدة الثانية عشرة : « من استعجل الشيء قبل أوانه

عوقب بجرمانه » ( ٩٩/م ) .

هذه القاعدة من باب السياسة الشرعية في القمع وسد الذرائع .

— مثال ذلك أن الارث والوصية توقفتها الشرعي بعد موت المورث

والموصي . فلو قتل شخص مورثه او الوصي له بلا مسوغ شرعي يحرم بذلك من الارث او الوصية .

— وكذلك لو طلق الرجل زوجته طلاقاً باتناً في مرض موته ومات خلال عدتها ترث منه في الاجتهاد الحنفى ، لدلالة مرض الموت على قصده حرمانها من الارث، فيرد قصده عليه . وهذا يسمى : طهر الفراء ، لان قصد فاعله التهرب به من ارث امرأته .

وهذا الحكم هو من صور منع « انتمصف في استعمال الحق » في الفقه الاسلامي ( ر : ف ٢٧ / الحاشية ) .

وقد نقل عن عمر بن الخطاب ( رض ) أنه أفتى في المرأة التي يطلقها زوجها فتزوج غيره قبل انقضاء عدتها بانها تحرم على هذا الزوج الثاني ان دخل بها حرمة مؤبدة ، معاملة لها بنقيض مقصودها بمقتضى السياسة الشرعية في المصالح المرسله ( ر : تاريخ الفقه الاسلامي ، من وضع كلية الشريعة في الازهر ص / ٤٧ ) .

٦٣١ — المقاعدة الثالثة عشرة : « من سعى في نقض ما تم في جهته فسعيه مردود عليه » ( المجلة / ١٠٠ ) .

— وعلى هذا : لا يصح من المقرر أن يرجع عن اقراره السابق بحجة الخطأ فيه .

— ولو تقاسم الورثة التركة ، ثم ادعى أحدهم أنها ملكه وأراد نقض القسمة لا تسمع دعواه ( المجلة / ١٦٥٦ ) لان اقدامه على المقاسمة هو اقرار ضمني بحقوق من قاسمهم فيها .

— ولو باع شيئاً او اشترى ، ثم ادعى أنه كان فضولياً عن شخص آخر

ولم يقبل بعقده لا يسمع منه هذا الادعاء .  
— وكذلك لو كفل شخص بالدرك <sup>(١)</sup> لمشتري العقار ، ثم جاء  
يطلب أخذه بالشفعة ، أو يدعي ملكيته ، لا يقبل منه .

#### الاستثناءات :

يستثنى من هذه القاعدة ما له ماس بحق قاصر أو وقف أو بحقوق الجماعة .  
— فالغبن الفاحش مثلاً في بيع مال القاصر ، أو إيجار عقار  
الوقف لا ينفذ .

فلو باع الأب أو الوصي مال القاصر ، أو أجر المتولي عقار الوقف ،  
ثم ادعوا وقوع غبن فاحش فيه تسمع الدعوى منهم .

— وكذا إذا اشترى شخص أرضاً ثم ادعى أن بائعها كان وقفها  
مسجداً أو مقبرة تسمع دعواه . كل ذلك صيانة لحقوق القاصرين والجماعة .  
وإذا ثبت ذلك ينقض العقد . ( من شرح والذي رحمه الله على القواعد )

٦٣٢ — **القاعدة الرابعة عشرة :** « البقاء أسهل من الابتداء » ،  
( م / ٥٦ ) .

كما أن الدفع أسهل من الرفع .  
وعلى هذا يمكن أن يغتفر اختلال بعض شرائط العقود في حال  
استمرارها بعد وجودها ، ولا يغتفر ذلك في حال انقضاءها .

ويتجلى ذلك في أمثلة القاعدة التالية المتفرعة عنها :

---

(١) — تقدم معنى الكفالة بالدرك ، أو ضمان الدرك ، فليُنظر ( ف / ٢٧١ ) .



### ما يتفرع عنها من القواعد

٦٣٣ - « يقتدر في البقاء ما لا يقتدر في الابتداء » (م/٥٥)

وذلك لان البقاء أسهل ، كما أفادته القاعدة السابقة :

— ومن أمثلتها ما تقدم من أن عقد الاجارة يشترط لصحته أن يكون المأجور متميزاً لا حصة شائعة. وكذلك الهبة فيما يحتمل القسمة. ولكن الفقهاء اغتفروا الشيوع الطارىء فيها دون المقارن (ر: ف / ١٢٦ - ١٢٨ وقواعد الحزاي ص / ٢٠٥) لان الطارىء يكون في حالة بقاء العقد دون ابتدائه .

— وكذلك لو كان لمجموعة أشياء ثمن مجمل ، فاشتري شخص أحدها بحصته من ثمنها لم يصح ، لجهالة ثمنه عند العقد ، وهذا يسمى ، البيع بالحصنة . ولكن لو اشتراها كلها ثم استحق من يده بعضها ، فله أن يرجع على البائع بثلث ما استحق ، ويبقى البيع في الباقي بحصته من الثمن . (انظر في معنى الاستحقاق: ف ١٩٢/٢).

٦٣٤ - القاعدة الخامسة عشرة : « التابع تابع » (م/٤٧) .

اي ان التابع لغيره في الوجود يتبعه في الحكم ، فيسري عليه ما يسري على متبوعه . والتابع هو ما كان جزءاً من غيره ، او كالجزء في الاتصال الخلفي ، كالعضو من الحيوان ، والجنين في بطن امه ، والصوف على الغنم ، واللبن في الضرع ، أو كان من ضرورات الشيء كالمفتاح من القفل . — فلو بيعت شاة دخل في البيع صوفها فليس للبائع جزؤه . ولو بيعت بقرة

حامل دخل جنيها، او قفل دخل مفتاحه، ولو لم يصرح بذلك في العقد .  
 -- ولو اقر شخص لآخر بملكية سيف متنازع عليه دخل في الاقرار  
 قراه وحماؤه .  
 -- وزوائد الرهن ، كولد الدابة المرهونة ، تبقى في يد المرتهن  
 تبعاً لاصلها .

### ما ينفع منها من فروع

٦٣٥ - (أ) - «من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته» (٤٩/م)  
 -- وعلى هذا قرر الفقهاء :

— ان ملك الارض يستتبع ملك ما فوقها وما تحتها: فيني صاحبها  
 الطباقي ، ويحفز في الاعماق الى ما يشاء علواً وسفلاً<sup>(١)</sup> .  
 — وان من يشتري داراً واقعة في سكة غير نافذة مشتركة بين  
 عدة دور، يملك بحكم التبعية حصة الدار من الطريق في هذه السكة، ولو  
 لم ينص عليها في العقد .  
 ولا يقتصر حكم هذه القاعدة على ملك العين، بل يشمل ملك التصرف ايضاً:  
 — فلو عرض الدلال ما كلف يبعه على رب دكان ، وتركه عنده  
 فهرب هذا به ، لم يضمن الدلال ، لان تركه عنده من ضرورات  
 هذا البيع ، فيسوغ للدلال ولا يكون به مقصراً.

---

(١) - هذا لا ينافي شرعاً بتقييد ارتفاع الابنية في المدن اليوم وفقاً لانتظمة  
 البلديات ، وفاقاً لقاعدة المصالح المرسدة .

( من شرح والدي رحمه الله على القواعد، نقلا عن الفصل / ٣٣ /  
من جامع الفصولين .  
٦٣٦ - ب . « التابع لا يفرد بالحكم » ( ٤٨/م )

هذه القاعدة مضطربة التطبيق والفروع لأن صيغتها فيما يظهر اعم  
من موضوعها ؛ ولذا يذكر لها الشراح مستثنيات كثيرة .  
أ) — فالمراد بها فيما اعتقد : أن التابع الذي هو من قبيل الجزء  
أو الجزء من غيره لا يصلح أن يكون محمداً في المقود : أي معقوداً عليه :  
— فيبيع عضو من الغنمة وهي حية باطل ، ولو ذبحت بعد ذلك  
وامكن فصله .

— ويبيع جنين الدابة الحامل دون امه باطل . واستثنائه من  
بيع أمه يعتبر شرطاً مفسداً للبيع .  
— وكذا شأن اللبن في الضرع ، والصوف على ظهر الغنم .  
ب ) — اما فيما وراء هذا النطاق فالتابع يمكن ان يفرد بالاحكام  
كما في حالة التعدي :

— فاذا ولدت الدابة المغصوبة لا يعتبر ولدها مغصوباً لأن  
الغاصب ما أزال عنه يد مالك ، وإنما حصل في يده حصولاً ( ر : ف  
/ ١٠٧ ) . ولذا لو هلك بلا تعد منه أو تقصير لا يضمنه ، ولكن لو  
أُتلف هو يضمنه .

وكذا لو ضرب بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً يضمن

الضارب ديته التي تسمى « غرة » ، ولو كان تابعاً لأمه .  
وكذلك أثبتوا للجنين أهلية وجوب ناقصة يستحق بمقتضاها  
حقوقاً أربعة ، منها ارث من مورثه ، والوصية له بشرط أن يولد حياً كما  
كما تقدم في نظرية الاهليات ( ر : ف / ٤١٧ ) .

— ويجوز بيع المفتاح دون قفله . والرسن دون دابته ، وان  
كانا كلاهما « تابعين » يدخلان في بيع القفل والدابة تبعاً دون ذكر  
في العقد ، لان هذه القاعدة كما استظهرنا هي خاصة بما كان من التوابع  
جزءاً أو كالجزء ، فعندئذ لا يصلح مستقلاً في التعاقد .

وهذا الفهم في هذه القاعدة يزول الاضطراب من طريق تطبيقها  
كما يزول استثناء كثير من مستثنياتها فتصبح منطبقة عليها .

٦٣٧ - ( ج ) - « يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها » ( م / ٥٤ )

أي ان الشرائط الشرعية المطلوبة في محل التصرفات يجب توافرها  
جميعاً في المحل الاصيل ، ويتساهل بها في توابعه .

— ففي الوقف مثلاً يشترط أن يكون الموقوف مالا ثابتاً : أي  
عقاراً ، فلا يصح وقف المنقولات ، الا ما تعورف كوقف الكتب  
وأدوات الجنازة ( ر : ف / ٤٧٨ ) .

لكن لو وقف عقاراً كقرية أو دار بما فيه من منقولات صح  
الوقف في هذه المنقولات أيضاً تبعاً للعقار .

٦٣٨ - (١) - « إذا سقط الأصل سقط الفرع » (٥٠/م)

ولا عكس ، أي لا يلزم من سقوط الفرع سقوط الأصل :  
— فلو أبرأ الدائن المدين برىء كفيله ايضاً وسقط رهنه ان كان  
الدين موثقاً بكفيل أو رهن .  
بخلاف ما لو أبرأ الدائن الكفيل أو رد الرهن ، فان دين المدين  
لا يسقط .

٦٣٩ - (٥) - « قد يثبت الفرع دون الأصل » (٨١/م)

صيغة هذه القاعدة في المجلة : « قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل » .  
هذه القاعدة تبدو غريبة غير معقولة في بادىء الرأي ، لانها تنافي  
السنن الطبيعية . ففي الطبيعة لا يوجد فرع بلا أصل .  
ولكن الامور الحقوقية تؤثر فيها عوامل تختلف عن العوامل  
الطبيعية . فهذه القاعدة تعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء ، ولا تبحث  
عن نشوئها في الواقع .

فوجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرع عنه ،  
ولكن إثبات المسؤوليات الحقوقية على الاشخاص قد تفقد وسائله  
المثبتة في حق الأصل ، وتتوافر في حق الفرع .

مثال ذلك : لو ادعى شخص على اثنين أن احدهما استقرض منه  
مبلغاً وأن الثاني قد كفله ؛ فاعترف الكفيل ، وأنكر الآخر ؛  
وعجز المدعي عن إثبات القرض عليه ، يؤخذ المبلغ من الكفيل ، لان

المرء مؤاخذ باقراره كما سيأتي. وليس هذا حكماً بأنه قد نشأت كفالة دون مدين مكفول ، ولكن يد القضاء لا تمتد على شخص إلا بدليل مثبت ، ولا دليل هنا إلا اقرار الكفيل ؛ والإقرار حجة قاصرة ، فيسري على صاحبه ولا يسري على غيره كما سترى .

— وكذا لو أقر أحد لشخص مجهول النسب أنه أخوه. فهذا الإقرار ليس حقوق الأب لأن فيه تحميلاً للنسب على الأب ، فان كونه أخاً للمقر هو فرع عن بنوته لأبيه فيحتاج الى تصديق الاب . فاذا أنكر الأب بنوته ولم يمكن اثباتها بالينة ، لا تثبت بنوته للأب ، ولكن يؤاخذ المقر باقراره أنه أخوه ، فيقاسم ذلك الشخص حصته من ميراث الأب .

٦٤ - ( و ) - « اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه » ( ٥٢/م )

ومثله قولهم : « اذا بطل المتضمن بطل المتضمن » ( بصيغة الفاعل في الاول ، وصيغة المفعول في الثاني ) .

— فاذا بطل عقد بطل ما تضمنه من شروط والتزامات ، لانها تبع له .

— واذا صالح أحد خصمه المدعي على بدل ، ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له تجاهه حق ، بطل الصلح فيبطل ما تضمنه من تملك البدل ، فيحق للمصالح استرداده .

وكما يبطل مضمون العقد بطلانه يبطل ايضاً ما يبنى عليه .

— فلو تبايعا وتم التقاض في المبيع والثمن ، فأبرأ كل منهما

الآخر عن كل حق ودعوى تتعلق بهذا البيع ، ثم استحق المبيع من يد المشتري <sup>(١)</sup> ، فانه يرجع بالثمن من البائع ، لانه لما بطل البيع باستحقاق المبيع بطل الابراء المبني عليه .

وعلى هذا يجب ان يقال في نص القاعدة : « بطل ما في ضمنه وما بني عليه .

#### الاستثناءات :

ولهذه القاعدة مستثنيات منها : مالو صالح الشفيع عن حق شفيعته في العقار المبيع لقاء عوض لم يصح الصلح ، وسقطت شفيعته بلا عوض ، لأن حق الشفيع قد شرع ليمارس بالفعل دفعا لسوء الجوار ، لا ليستغل استغلالا .

فقد بطل الصلح هنا ولم يبطل ما في ضمنه من اسقاط الشفيع ، لان رضاه بسقوط شفيعته لقاء بدل هو دليل على عدم سوء الجوار في نظره .

٦٤١ — القاعدة السادسة عشرة : « اذا تعذر الاصل يصار الى البدل » ( م/٥٣ ) .

— فيجب رد عين المغصوب مادامت قائمة . فاذا هلك يرد بدله من مثل او قيمة .

— واذا تعذر رد المبيع المغيب لمانع شرعي ، كمالو كان المبيع ثوبا فصبغه المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم ، فلعلالك ان يسترد من البائع

---

(١) — انظر في معنى الاستحقاق ما تقدم ( ف ٢/١٩٢ ) .

فرق نقصان العيب .

وطريقة تحديد هذا الفرق تكون بتقويم المبيع سليماً ومعيباً ،  
فما ينقصه العيب من قيمة السليم ينقص بنسبته من الثمن : فلو كان الثمن  
المتفق عليه في العقد خمسين ، ثم قدرت قيمة المبيع سليماً بمائة ، ومعيباً  
بخمسين ، كان فرق العيب خمسين في المائة من القيمة : أي نصفها .  
فيسترد نصف الثمن : أي خمس وعشرون .

٦٤٢ — الفاعلة السابعة عشرة : « الساقط لا يعود » (م/٥١)

أي أن ما يسقط من الحقوق بسبب مسقط يصبح بسقوطه معدوماً  
فلا يعود ، كما لا يعود المعدوم .

فلو أبرأ الدائن مدينه سقط الدين ، فلا تمكن استعادته إذا  
ندم الدائن .

— ولو سلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن سقط حقه في  
احتباس المبيع لأجل استيفاء الثمن ، فلا يعود له حق استرداد المبيع  
لأجل احتباسه بعد ذلك ، وإنما له ملاحقة المشتري بالثمن كما تقدم  
( ر : ف/٣٤٥ و ٥٨٠ ) .

— وكذا حق الارتفاق بالمرور أو المسيل لعقار في أرض الغير أو  
داره : لو أسقطه صاحب العقار المرتفق سقط وليس له حق الرجوع فيه .

نبيه هام :

هناك حقوق لا تسقط بالاسقاط ، فإذا أسقطها صاحبها وتركها .



كان له ان يطالب بها بعد ذلك ، لا لأنها تعود بعد السقوط ، بل لأنها لم تسقط ، فلا تنافي هذه القاعدة ، ولا تعتبر مستثناء منها ، لأنها لا تدخل تحتها :

— فن ذلك ملكية الاعيان : فقد قدمنا في بحث خصائص الملكية أنها لا تسقط بالإسقاط ، وانما تنتقل بالاسباب الناقلة ( ر : ف / ٢٣ : ) .  
— ومن ذلك حق الموقوف عليه في غلة الوقف : فلو اسقطه وتركه مدة دون مدة التقادم ، فله أن يعود الى طلبه ، لانه لم يسقط ( ر : قواعد الجزاوي ص / ٢٢٩ ) .

هذا ، ولم يضع فقهاؤنا ضابطاً لما يسقط وما لا يسقط من الحقوق بالاسقاط .

ولكن والذي رحمه الله في شرحه لهذه القاعدة قد استنبط ضابطاً فقياً لتمييز ما يسقط من الحقوق بالاسقاط وما لا يسقط في الاجتهاد الحنفي استمده من تعليقات الفقهاء عندما يعللون السقوط أو عدمه . فجاء جامعاً مانعاً تنطبق عليه جميع أنواع الحقوق التي تسقط أو لا تسقط . وخلاصة الضابط أن الحق الذي يسقط بالاسقاط هو ما توافرت فيه صفات أربع :

(١) — أن يكون الحق قائماً حين الاسقاط . فلا يصح البراء عن دين مثلاً قبل نشوئه .

(٢) — أن يكون غير متعلق بتملك عين كما أسلفنا .

(٣) أن تكون مصلحة صاحبه فيه خالصة او غالبية .

فحق متولي الوقف ووصي اليتيم في التصرف بإدارة الوقف وأموال اليتيم لا يسقط بالاسقاط ، لأنها لا يعملان لأنفسهما .

وعقوبات الحدود لا تسقط باسقاط المجني عليه أو ولي الامر ، لأنها حق الله الذي يسمى : الحق العام .

بخلاف القصاص فإنه يسقط بالإسقاط ، لأن حق الشخص فيه هو الغالب ( أي حقه في نوع العقوبة ، أما اصل العقوبة فهي حق عام يمارسه السلطان لمصلحة الجماعة . فلا يسقط باسقاط المجني عليه أو وليه ) .

فبتنازل صاحب حق القصاص عن حقه تنتقل عقوبة الجاني الى التعزير كما تقدم في نظرية المؤبدات ( ر : ف / ٣٣٠ ) .

( ٤ ) أن يترتب على اسقاط الحق نتيجة غير مشروعة .

فلو باع شخص شيئاً كان قد أجره أو رهنه قبل البيع ، فله المشتري الخيار في ان يفسخ البيع ويسترد الثمن ، أو ينتظر انقضاء مدة الاجارة او فكاك الرهن ليتسلم المبيع . فلو اسقط حقه في هذا الخيار لا يسقط على الراجح من الآراء ( ر : رد المحتار باب التصرف في الرهن ) وذلك لأنه لو سقط خياره لبقى حقه في تسلّم المبيع معلقاً وذلك ضرر محض غير مشروع <sup>(١)</sup> . فمن المبادئ الشرعية أن الانسان لا يجبر على تحمل الضرر المحض الذي لا يقتضيه العقد ولو رضي به ( ر : الدرر باب البيع الفاسد ٢ / ١٧٠ ) .

---

(١) - الذي ارى ان التعليل بالنتيجة غير المشروعة انما ينطبق على حالة المبيع المرهون لا المأجور .

٦٣٤ — القاعدة الثامنة عشرة : « لا يتم التبرع إلا بالقبض » :  
 فالهبة وسائر العقود العينية الأخرى ، كالإعارة والايذاع ، يعتبر  
 تسليم العين فيها عنصراً متمماً لانعقاد العقد ، لا مجرد تنفيذ له . وقد تقدم  
 ايضاح ذلك في مناسبه من نظرية العقود ( ر : ف / ١٦٣ ) .

٦٤٤ — القاعدة التاسعة عشرة : « تبدل سبب الملك كتبدل الذات ،  
 ( م / ٩٨ ) :

هذه القاعدة صيغتها في المجلة هكذا : « تبدل سبب الملك قائم مقام  
 تبدل الذات » : أي كتبدل الشيء المملوك . وعلى هذا فرع الفقهاء :  
 — أن المشتري اذا باع المبيع ، ثم اشتراه ثانية من مشتريه ، ثم ظهر  
 فيه عيب قديم كان موجوداً فيه عند بانه الاول ، فليس له ان يرده  
 عليه بحكم خيار العيب ، لأن المبيع قد عاد الى ملكه بسبب جديد  
 هو شراؤه الثاني . فليس ملكه الحاضر مستنداً الى شرائه الأول الذي

---

= أ — ففي الرهن قد يباع المرهون قضائياً لاستيفاء الدين ، فاذا صاع اسقاط  
 المشتري السابق في الفسخ يصبح حقه في تسليم المبيع حقاً احتمالياً محضاً ، وهذا  
 غرر فاحش غير مشروع .

ب — اما الاجارة فان لها مدة محددة تنتهي فيها فلا غرر ، فالتعليل الصحيح  
 عندي لعدم صحة اسقاط المشتري حقه في فسخ شرائه اذا تبين ان المبيع مأجور  
 هو ان الاجارة عند فقهاءنا من العقود الزمنية : اي المستمرة ( ر : ف / ٣٠٥ )  
 ويصرحون بانها بمثابة عقود متجددة آتافاً . فاذا اسقط المشتري حقه في فسخ  
 الشراء تجدد له حق جديد في الفسخ بالتجدد المفترض في عقد الاجارة .

يريد فسخه الآن . فيعتبر هذا الشيء الآن كأنه غير الشيء الذي اشتراه من البائع الأول ؛ لتبدل سبب الملك ( ر : ف / ٢٦١ ) .  
 — وكذا لو باع الموهوب له الشيء الموهوب ، أو وهبه لغيره . ثم عاد إلى ملكه بشراء أو هبة أو أي سبب جديد آخر ، انقطع حق الواهب الأول من الرجوع في الهبة ، كأنما الشيء الحاضر غير الموهوب السابق .  
 وفي الفقه الأجنبي الحديث ما يشبه هذه القاعدة ، فنظرية التطهير :  
 Purge في القانون الفرنسي تقاربها في الفكرة .

و بمقتضاها لديهم يعتبر تمليك العين بسبب فيه علنية وحسن نية — كشرائها بالمزاد العلني مثلاً ، أو من محل تجاري معروضة فيه — مطهراً لها : أي يحررها من كل حق عيني كان لأحد عليها . فيبقى لصاحب الحق العيني ملاحقة المسؤول عنه بالتعويض ( ر : د موجز الحقوق الفرنسية ، لدالوز : ج ٢ ف ١١٠٧ — ١١١٤ ) .

**٦٤٥ — القاعدة المنعنة العشرين** « المعلق بشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط » ( م / ٨٦ ) .

لأن الشرط المعلق عليه يصبح بإرادة المتكلم واعتبار الشرع شيئاً معلقاً ، فيرتبط الحكم المعلق وجوداً وعدمًا بهذا الشرط كارتباط السبب بسببه الشرعي .

وعلى هذا يعتبر الأمر المعلق بالشرط عدماً قبل وجود الشرط ، كما أنه عندما يكون التعليق صحيحاً معتبراً يوجد الأمر المعلق بوجود

الشرط المعلق عليه فلا يتأخر عنه .

وقد تقدم إضاح ذلك مع أمثلته في نظرية العقود ( ر : ف / ١٤٢  
و ٢٤٠ — ٢٤٣ )

### ما يتفرع عنها من القواعد

٤٤٦ — « المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة » (م/٨٤)  
الأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاءه وإن كان الوفاء بمطلوبه أديانة؛  
فلو وعد شخص آخر بقرض أو بيع أو هبة أو بفسخ أو بإبراء  
أو بأي عمل حقوقي آخر ، لا ينشأ بذلك حق للموعد ، فليس له أن  
يجبره على تنفيذ بقوة القضاء .

غير أن الفقهاء الحنفيين لحظوا أن الوعد إذا صدر معلقاً على شرط  
فانه يخرج عن معنى الوعد المجرد ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد ،  
فيصبح عندئذ ملزماً لصاحبه ( ر : شرح العلامة علي حيدر على المجلة ) .  
وذلك فيما يظهر اجتناباً لتفريغ الموعد بعدما خرج الوعد مخرج التعهد .  
وقد قال ابن نجيم في الحظر والاباحة من « الاشياء » ( ج ٢ ص  
١١٠ ) : « لا يلزم الوعد إذا كان معلقاً » .

— وعلى هذا قرر الفقهاء أنه : لو قال شخص لآخر : بع هذا الشيء  
من فلان ، وإذا لم يعطك ثمنه فأنا أعطيكه ، فلم يعطه المشتري الثمن  
بعد المطالبة التزم به القائل .

— وكذا لو باع شيئاً بغبن فاحش ، فقال المشتري للبائع المغبون

اذا رددت إلى الثمن فسخت الك البيع ، كان هذا الوعد ملزماً ويصبح  
البيع كييع الوفاء الذي هو في معنى الرهن . ( ر : ف / ص ٧٠ و ٢٧٤ ) .  
ملاحظة :

ان الفقهاء والشرائح في المذهب الحنفي لا يتوسعون في التمثيل لهذه  
القاعدة في نطاق المعاملات بأكثر من ذلك ، والظاهر انها لا تطبق على  
نطاق واسع في جميع المواعيد المتعلقة .

وفي الاجتهاد المالكي أربعة آراء فقية حول لزوم الوعد بالعقد  
وعدم لزومه قضاء . والمشهور من هذه الآراء أنه يعتبر الوعد بالعقد  
ملزماً للواعد قضاء اذا ذكر فيه سبب ، ودخل الموعد تحت التزام مالي  
مباشرة ذلك السبب بناء على الوعد . وذلك كما لو وعد شخص آخر بأن  
يقرضه مبلغاً بسبب عزمه على الزواج ليدفعه مهراً ، أو يشتري به بضاعة ،  
فتزوج الموعد ، أو اشترى البضاعة ، ثم نكل الواعد عن القرض فانه  
يجبر قضاء على تنفيذ وعده ( ر : الفروق للقرافي : ج ٤ ص ٢٤ - ٢٥ ،  
ورسالة الالتزام للحطاب ، وهي منشورة في الجزء الاول من فتاوى  
فتح العلي المالك للشيخ عليش « بحث مسائل الالتزام » (١) .

وهذا وجه جدا ، فانه يبين الالتزام بالوعد على فكرة دفع الضرر  
الحاصل فعلاً للموعد من تقرير الواعد : فهو أوجه من الاجتهاد الحنفي

---

(١) - وقال اصبح من قضاء المالكية : يكفي للالتزام بالوعد ذكر السبب

من زواج او بناء او غيرها ، ولو لم يباشر الموعد .

الذي يبيّن الإلزام على الصور اللفظية للوعد هل هي تعليلية أو غير تعليلية ،  
فإن التعليق وعدمه لا يغير شيئاً من حقيقة الوعد<sup>(١)</sup> .

٦٤٧ — القاعدة العامة والعسرة: «يلزم مراعاة الشرط بقدر  
الامكان» (م/٨٣) .

لما روي عن الرسوم عليه السلام من قوله : «المسلمون على  
شروطهم» كما تقدم ( ر : ف/٤٨ ب و ٣٢٥ ) .

والشرط المقصود في هذه القاعدة: هو الشرط التقيدي لا التعليقي  
( ر : ف/٢٣٩ ) فيجب احترامه ونفاذه بقدر الامكان .

والمراد بغير الوضوح: أن لا يخالف قواعد الشريعة في نظام العقود .  
وقد قدمنا أن الاجتهادات المذهبية مختلفة جداً توسيعاً وتضييقاً في  
حدود هذه المخالفة والموافقة ، وبالنتيجة فيما هو مقبول أو مرفوض  
من المشاركات العقدية ( ف/٢١٨ — ٢٢١ ) ، وأن أوسعها الاجتهاد  
الحنبلي ؛ كما أوجزنا نظرية الاجتهاد الحنفي في ذلك ، فليرجع إليها هناك  
( ف/٢٤٩ — ٢٥١ ) .

---

(١) - في الفقه الاجنبي الحديث يعتبر الوعد بالعقد ملزماً ضمن شرائط  
معينة ( ر : ف/ ١٥٤ الحاشية ) وبذلك جاءت المادة ١٠٣/ من القانون المدني  
السوري الذي صدر خلال الطبعة الثالثة من هذا الكتاب .

٦٤٨ — القاعدة الثانية والعشرون: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»  
(م/٩١) .

**الضمان :** هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير .  
ومعنى هذه القاعدة أنه لا يترتب على شخص ضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً إذا كان ذلك منه جائزاً شرعاً ، لأن تسويغ الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه ؛ وإلا لم يكن جائزاً .  
وعلى هذا فروع كثيرة :

— منها : لو حفر انسان في ملكه الحاص حفرة ، فتردى فيها حيوان لغيره ، فلا يضمنه لأن حفره هذا جائز .

بخلاف ما لو حفر في الطريق العام لأنه يكون عندئذ معتدياً على حق العامة ، فيضمن الضرر .

— وكذا لو حمل المستأجر الدابة المأجورة قدر المعتاد فهلكت ، فإنه لا يضمنها لأن فعله جائز ؛ أما لو حملها أكثر من المعتاد فإنه يضمنها .

— ولو امتنع الملتقط عن تسليم القطعة لصاحبها حتى يأخذ النفقة التي أنفقها باذن القاضي عليها ، فهلكت القطعة في يده ، لم يضمنها ولا تسقط نفقته بهلاكها ، لأن امتناعه جائز ؛ أما اذا لم يكن له عليها نفقة فإنه يكون معتدياً بالمتنع فيضمنها .

وهذه القاعدة فيما يظهر مقيدة بأن يكون الجواز الشرعي جوازاً مطلقاً ، فلو كان جوازاً مقيداً فإنه لا ينافي الضمان .

— ولذلك يضمن المضطر قيمة طعام الغير إذا أكله لدفع الهلاك



عن نفسه كما تقدم (ر:ف/٦٠٢) مع أن أكله واجب لاجازة فقط، وذلك لأن هذا الجواز مقيد شرعاً بحفظ حقوق الغير .

— وكذا يضمن قائد الدابة وراكبها في الطريق العام ما تتلفه بقوائمه أو بفمها . وذلك لأن السير في الطريق العام، وإن كان جائزاً، هو مقيد شرعاً بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرز منه<sup>(١)</sup> . (من شرح والذي رحمه الله على القواعد بتصرف وإيضاح) .

وبهذا التخرج تقل مستثنيات هذه القاعدة . فإن الشراح يعدون هذين الفرعين وأمثالهما من مستثنياتها .

وعليه كان ينبغي أن يقال في القاعدة : « الجواز الشرعي المطلق ينافي الضمان » .

٦٤٩ — الفاعلة الثلاثة والمصريون: « الخراج بالضمان » (م/٨٥) فمراجعي الشيء: هو الغلة التي تحصل منه كمنافع الشيء، واجرة الدابة. ومصنفات تقدم تفسيره في شرح القاعدة السابقة.

هذه القاعدة نص حديث نبوي رواه عن عائشة أحمد في مسنده، وأصحاب السنن الأربعة، والحاكم في المستدرک، ووضحه الترمذي. ومعناه: أن استحقاق الخراج سيه تحمل الضمان: أي تحمل تبعة الهلاك. فمنافع الشيء وغلته يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك، فيكون استحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة.

---

(١): — الدر المختار وحاشيته، باب جناية البيمة من كتاب الديات: ٣٨٦/٥.

وقد ورد هذا الحديث في حادثة خلاصتها ان شخصاً اشترى عبداً واستغله زمناً، ثم وجد فيه عيباً قديماً. فخاصم البائع الى الرسول عليه السلام، فقضى برده على البائع . فقال يا رسول الله : انه قد استغل غلامي ! فقال عليه الصلاة والسلام : « **الخراج بالضعفان** » ( ر : كتاب « قضية رسول الله » للقرطبي في البيوع : ص / ٧٦ ) .

والخراج المقصود بهذا الحكم فيما يظهر : هو ما كان غير متولد ؛ وذلك كالتنازع والاجرة على ان يكون ايضاً مستنداً الى مائة مشروعة ، كالشراء ، وفقاً لما يدل عليه مورد الحديث <sup>(١)</sup> .

اما الزوائد المتولدة ؛ كولد الدابة ولبنها وصوفها وثمر الشجر ، فانها تحكم فيها قاعدة شرعية اخرى تجعلها لمالك اصلها المتولدة منه دون نظر الى الضمان وعدمه ، لان من اسباب الملكية التولد من المملوك كما تقدم ( ر : ف / ١٠٧ ) .

— ولذلك اذا ولدت الدابة المغصوبة عند الغاصب فولدها للمالك لا للغاصب مع ان ضمان هلاكها على الغاصب .

— وكذا لو ولدت الدابة المبيعة عند البائع قبل تسليمها الى المشتري فولدها ولبنها للمشتري ، وليس للبائع أن ينتفع بها او يؤجرها ، مع

---

(١) — فان كان الضمان جزائياً بسبب غير مشروع كالغصب فانه لا يبيح للضامن خراج الشيء المضمون . ولذا الاتباح للغاصب منافع المغصوب وان كان ضامناً له .

ان ضمان هلاك المبيع قبل تسليمه الى المشتري هو على البائع .  
وبهذا التفسير للخراج وحالة ارتباطه بالضمان لا تكون مثل هذه  
الاحكام مشكلة على القاعدة ومستثناة منها ، لانها خارجة عن المعنى  
المقصود بنص الحديث .

٦٥٠- القاعدة الرابعة والعشرون : « الغرم بالغنم » (م/٨٧)  
هذه القاعدة تعبر عن عكس القاعدة السابقة «الخراج بالضمان» ،  
فتفيد ان الضمان ايضاً بالخراج : اي ان التكاليف والخسارة التي تحصل  
من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً :

— نفقة رد العارية الى المعير يلتزم بها المستعير . بخلاف رد  
الوديعة ، فان كلفته على المالك المودع ، لأن الايداع لمصلحته .  
— واجرة كتابة صك المبايعة على المشتري لأنها توثيق لانتقال الملكية اليه .  
— ونفقة تعمير الملك المشتري وترميمه على الشركاء بنسبة حصصهم .  
وبيت المال يتحمل نفقة اللقيط : وهو الطفل المنبوذ المحمول  
النسب ، حيث تعود ايضاً تركته الى بيت المال اذا مات .

٦٥١- القاعدة الخامسة والعشرون : « النعمة بقدر النعمة » ،  
والنعمة بقدر النعمة » (م/٨٨) .

والجملة الاولى من هذه القاعدة ترادف قاعدة : « الخراج بالضمان » .  
والجملة الثانية منها ترادف القاعدة السابقة : « الغرم بالغنم » .

٦٥٢- الفاعلة السائمة والعشرون : « الاجر والضمان لا يجتمعان » (م/٨٦) .

الاجر : بدل المنفعة عن مدة ما ، والضمان المقصود هنا : هو الالتزام بقيمة العين المنتفع بها . (ر : ف/٦٤٨) .

هذه القاعدة حنفية النسب لا يتبناها جمهور المذاهب الفقهية الاخرى . وهي عند الحنفية تتصل اتصالاً وثيقاً بنظريتهم المشهورة في عدم ضمان الغاصب منافع المقتصوب ، تلك النظرية التي تقدمت الاشارة إليها والى انتقادها ( ر : ف/٥٤٤) .

— وعلى هذه القاعدة يفرع الحنفية أنه : لو استأجر شخص دابة مثلاً ليركبها الى مكان معين ، فذهب بها رأساً الى مكان آخر يعتبر متعدياً في حكم الغاصب ، ويخرج عن صفة الامين التي هي الصفة الاصلية شرعاً للمستأجر ، فاذا هلك الدابة عنده قبل ردها الى مالكها يضمن قيمتها ولا أجر عليه ، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان . — وكذا اذا لم تهلك فردها سليمة ولو بعد شهور لا أجر عليه أيضاً ، لأنه كان في حالة مسؤولية بضمانها لو هلكت عنده (ر: أول بحث اجارة الدواب من الفتاوى الحنفية ، وقواعد الجزاوي مسائل الاجارة : ص/٨٢) .

يتضح من هذه التفريعات وأمثالها أنه ليس المراد بالضمان في هذه القاعدة الضمان المتحقق الواقع فعلاً : أي بان تهلك العين

فيلتزم الشخص بقيمتها ، بل المراد به في النظر الحنفي كونه الشخص  
معرضه لضمانه المعين ، وذلك بأن يكون بحالة يعتبر فيها هو المسؤول  
عن قيمة العين ان هلكت ، سواء أوقع الهلاك فعلاً أم لم يقع : أي أن  
يكون في حالة تحمل التبعة .

وهذا في منتهى الغرابة كما ترى . فهو تفريع نظري محض لم  
ينظر فيه الى مصلحة التطبيق . فهو يفسح للناس مجال الاحتيال  
للانتفاع بأموال الغير بلا بدل ، فيعقدون الاجارة على غير المنفعة التي  
يريدون ، ثم يخالفون الى الانتفاع بما يريدون دون التزام بعوض  
ولا يبالون بضمان المأجور عند الهلاك لأنه نادر .

ولو أن فقهاء الحنفية خصصوا القاعدة بحالة وقوع الضمان  
وتحققه ، كما اذا هلك الدابة مثلاً في هذه الحال والتزم المستأجر  
بقيمتها لكان لها وجه ، اذ يقال ان ضمان الاصل تندمج فيه المنافع  
مع أن ذلك أيضاً غير قوي .

وجهور المذاهب الاخرى يجتمع في نظرها الاجر والضمان . ففي  
هذه الحادثة مثلاً يلتزم المستأجر بأجر المثل عن المنافع التي استوفاهما  
بلا حق بحسب المبدء ، ويضمن فوق ذلك قيمة الاصل يوم الهلاك  
اذا هلك . ( ر : المغني والشرح الكبير ، كتاب النصب : ج ٥  
ص ٤٠٧ و ٤٣٦ ) .

على أن الحنفية يقيدون هذه القاعدة بأن لا يكون الأجر قد

استقر على الشخص قبل صيرورته في حالة ضمان للعين . فإذا كلف  
الاجر المسمى قد استقر عليه قبلا ، كما لو استوفى المنفعة المعقود  
عليها أولا ، ثم تجاوز حتى صار متعدياً في حكم الغاصب ، فإنه  
— وان أصبح متحملاً لتبعة هلاك المأجور — يلزمه الاجر عندهم  
إذا لم يهلك .

أما اذا هلك المأجور بعد التعدي قبل الرد الى المالك ، فإنه يضمه  
ولا أجر عليه عندئذ على كل حال ، لاندماج ضمان المنافع في ضمان الاصل .

٦٥٣ — *الفائدة السابعة والعشرون* : « لا يجوز لأحد أن  
يتصرف في ملك الغير بلا اذن » ( م / ٩٦ ) .

عبارة القاعدة في المجلة « بلا اذنه » أي اذن المالك .

وقد رجحنا حذف الضمير ليشمل اذن الشرع .

التصرف في ملك الغير إما فعلي ؛ وإما قولي بطريق التعاقد .

أ) — فالتصرف الفعلي في ملك الغير ، بالأخذ ، أو الاستهلاك ،  
أو الحفر في الأرض ونحو ذلك ، دون اذن يعتبر تعدياً . والمتصرف  
في حكم الغاصب ضامن للضرر .

وقد يكون مصدر الاذن الشرع أو العرف ، كما لو ذبح الراعي  
شاة اصيبت ولا ترجى حياتها ، فإنه لا يضمن ( ر : القواعد الفقيهية  
للشيخ محمود الحزاوي في مسائل الغصب : ص / ١٩١ ) .

ب) واما التصرف القولي بطريق التعاقد ، كبيع مال الغير أو

هبة او رهنه او اجارته او اعارته او ايداعه او غير ذلك ففيه تفصيل :  
— فإن أعقبه من المتصرف تنفيذ بالتسليم أصبح تصرفاً فعلياً، وأخذ

حكم الغصب .

— وان بقي تصرفه في حيز القول كان فضولاً . والمتصرف  
الفضولي يتوقف عقده على اجازة المالك . ولا شيء على المتصرف  
إذ لا ضرر للمالك من هذه التصرفات القولية المحضة ما دام الخيار له  
في قبولها او رفضها .

والاجازة تلحق الافعال كالأقوال، فالتصرف الفعلي بلا اذن المالك  
إذا اجازه المالك بعدئذ انقلب مأذوناً .

ونفذ تصرف الولي او الوصي على القاصر ليس استثناء من القاعدة  
بل هو مأذون به شرعاً لأنه مستند الى ولاية .

يتضح من ذلك أن عدم الجواز ، المعبر به في هذه القاعدة ، يفسر  
بمعنيين مختلفين بحسب كون التصرف فعلياً أو قولياً :

— ففي حالة التصرف الفعلي دون اذن المالك يفسر عدم الجواز  
بمعنى المنع الموجب للضمان .

— وفي حالة التصرف القولي يفسر عدم الجواز بمعنى عدم النفاذ.

ما ينفرع عنها من القواعد

٦٥٤ - (أ) - « الامر بالتصرف في ملك الغير باطل » (م/٩٥)

لان فاقد الشيء لا يعطيه ؛ فمن لا يملك التصرف لا يملك الأمر به .

— وعلى هذا لو أمر شخص غيره بأن يأخذ مال آخر ، أو يلقيه في البحر أو يحرقه ، أو أن يذبح شاته ، فلا عبرة لأمره والضمان على الفاعل .

هذا اذا كان المأمور عالماً بأن المال لغير الأمر . أما لو لم يكن عالماً وأوهمه الأمر أنه له ، كما لو قال له : اذبح لي شاة هذه (بياء المتكلم) ، فان لصاحب المال تضمين المأمور ، وللمأمور أن يرجع على الأمر بما ضمن لتغيره اياه .

— ومن الفروع الفقية المهمة لهذه القاعدة ما لو أودع شخص بعض ماله وقال للوديع : اذا تأمت فادفعه لابني ، ففعل ، وكانت للميت المودع وارث آخر ، فان الوديع يضمن ، لأن الوديعة بعد موت المودع تصبح ملك الورثة جميعاً ، فأمره بالدفع الى احدهم باطل . وكذا لو أمره بدفعه الى أجنبي غير وارث . ( من شرح والذي رحمه الله على القواعد نقلاً عن الفصل / ٢٨ / من جامع الفصولين ) .

— ولو قال الدائن للمدين : ارم ديني في البحر فرمى هذا مقدار الدين لم يبرأ ، لأن الدين شاغل للذمة اعتباراً ، وليس متعلقاً بعين مال المدين . فقد رمى مال نفسه ، والامر باطل ، وعليه دفع الدين . ( ر : شرح هذه القاعدة للعلامة علي حيدر ) .

على أن هذه القاعدة مقيدة بأن لا يكون الأمر مجبراً كما سنرى في القاعدة / ٢٨ / .



٦٥٥ - ( ب ) - « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » ( م / ٩٧ ) .

لأنه إذا لم يكن للشخص حق التعرف بقولي في مال الغير بلا أذنه كما افادته القاعدتان السابقتان فيمقتضى الاولوية ليس له أخذ مال الغير بلا مسوغ شرعي .

فاذا أخذه كان ضامناً حتى يرده ، لقول الرسول عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » . رواه احمد في مسنده وأصحاب السنن الأربعة ( ر : ف / ٤٧ ب ) .

— وعلى هذا يلزم رد بدل الصلح <sup>(١)</sup> إذا اعترف قابضه بعد الصلح أنه لم يكن له حق .

— وكذا يجب رد ما دفعه الانسان على ظن أنه مدين ثم تبين خلافه كما تقدم ( ر : ف / ٥٨٤ ) .

— وإذا التقط الشخص اللقطة لنفسه كان غاصباً ضامناً . فيجب أن يلتقطها بقصد حفظها وتعريفها وزدّها لصاحبها متى ظهر . وإن لم يظهر صاحبها فسيلها الصدقة .

— وعلى هذا أيضاً كان التقادم ( أي مرور الزمان ) إنما يمنع فقط سماع الدعوى بالحق أو بالعين أمام القضاء . ولكن المدعى عليه لا يسقط عنه الحق ولا يملك الشيء بالتقادم ، بل عليه رده في حكم

---

(١) بدل الصلح : هو ما يتفق المتصالحان على أن يدفعه أحدهما للآخر حسماً للتزاع في الحق المتزاع فيه ( ر : ف / ٢٨٤ ) .

الديانة ، لأن التقادم ليس سبباً مملكاً من أسباب الملكية وإنما هو حاجز قضائي كما تقدم بيانه ( ر : ف / ١٠٢ ) .  
أما إذا كان أخذ مال الغير مستنداً الى حق ثابت فانه يجوز ولو دون رضى صاحب المال .

بل قد أفتى المتأخرون بأنه يجوز من جهة الديانة أخذ الدائن حقه الصحيح الثابت من مال المدين الماطل أو الجاحد اذا دخل في يد الدائن ولو بدون علم المدين ، ومن غير جنس الدين ، وليس مقضياً به ، وذلك لفساد الذمم كما تقدم ، وإن كان نظام القضاء في الشريعة لا يقر له هذا الأخذ . وهذا مما يختلف فيه حكم الديانة عن القضاء ( ر : ف / ٤ و ١٠٨ / الحاشية الاخيرة ) .

**٦٥٦** — الفاعلة الثامته والمسروبه : « يضاف الفعل الى الفاعل لا الأمر ، ما لم يكن مجبراً » ( م / ٨٩ ) .

وذلك لأن الأمر اذا كان مجبراً كان المأمور في حكم الآلة .  
( ر : الدر المختار وحاشيته في الاكراه : ٨٥/٥ ) .

المراد بالفعل هنا ما فيه تعد على مال أو نفس :

— فلو أمر شخص آخر باتلاف مال الغير ، أو بحفر حفرة في الطريق العام فوقع فيها حيوان ، أو بارتكاب جريمة ففعل ذلك ، كان المأمور هو المسؤول الضامن ، لأنه هو الفاعل دون الأمر .

— ومن أمر غيره بعقد متعلق بالمأمور نفسه كان المأمور العاقد

هو الملتزم بعقده ولو أن العقد في غير مصلحته .

— بخلاف ما لو أكرهه الأمر على العقد ، فإن له الخيار في الامضاء أو الفسخ بعد زوال الاكراه .

ومتى أضيف الفعل الى الأمر لكونه مجبراً (بصيغة الفاعل) ترتبت في حقه مسؤولية المكروه (بصيغة الفاعل) المفصلة في بحث الاكراه من الكتب الفقهية ، بحسب كون الاكراه ملجئاً أو غير ملجئ ، وكونه إكراهاً على تصرف قولي أو على فعل . وقد تقدمت خلاصة عنها في بحث الاكراه من عيوب الرضى في نظرية العقود ، وفي شرح القواعد (ر: ف/ ١٨٥ و ٦٠٠).

— والفروع الفقهية تدل على أن القاعدة مقيدة بأن لا يكون الفعل المأمور به لمصلحة الأمر ، وإلا كان الأمر عندئذ في حكم الوكالة يقوم فيها المأمور مقام الأمر في حدود الامر ، وينفذ عليه تصرفه .

وذلك كما لو أمره بقضاء دين على الأمر ، أو بالاتفاق عليه أو بناء داره مثلاً ، فإن المأمور عندئذ يكون كوكيل يرجع على الأمر بما دفع أو أنفق .

— والاكراه الذي يضيف الفعل الى الأمر قد يكون مكبراً قهرياً كما لو كانت الأمر سلطاناً ، فإن أمره إكراه (ر : قواعد الحزاي مسائل الغصب ص ١٩٦) .

— ومثل ذلك ما لو كان الأمر بالغاً عاقلاً ، والمأمور قاصراً أصياً أو مجنوناً ، فإن المأمور يضمن أولاً نتائج ما يفعل أو يتلف ، ولكنه يرجع على الأمر ، لأن أمر الكبير العاقل للقاصر في حكم الاكراه .

بخلاف ما لو كان الأمر صيحاً مثله ، فإن أمره غير معتبر ، والضمان يستقر على المأمور .

— ومثل الاكراه في الحكم «تفريز» ، كما لو قال له : احفر لي في هذا الجدار ، أو في جداري هذا ( بياء المتكلم ) ، وكان الجدار لغيره والمأمور لا يعلم ، فانه يضمن ويرجع على الأمر .

بخلاف ما لو قال له : « احفر في هذا الجدار » ، فانه لا تفريز فيه ، والضمان على المأمور ، «لو ان يكون الأمر ساكناً في الدار» ، فيكون عندئذ تفريزاً أيضاً ، لأن سكناه قرينة توهم المأمور ان الدار للأمر . وعلى هذا كان ينبغي أن يقال في القاعدة : «ما لم الأمر مجبراً أو مضرراً» . وفي كل موطن يضاف فيه الفعل الى الأمر ، فان الخصومة القضائية في الضمان تكون مع المأمور : أي تقام الدعوى من المتضرر على المأمور لا على الأمر . فيضمن المأمور أولاً لأنه مباشر ، ثم يرجع على الأمر . ( من شرح والذي رحمه الله نقلاً عن رسالة « التحرير في ضمان الأمر والمأمور والأجير » للعلامة الشيخ محمود الخزاوي <sup>(١)</sup> .

٦٥٧ — «قاعدة التاسعة والعشرون» : «المباشر ضامن وان لم يتعمد» (م/٩٢) .

المباشر : هو الذي يحصل الأثر بفعله . والمراد به في القاعدة من

---

(١) — هذه الرسالة مطبوعة في دمشق سنة ١٣٠٣ هـ .

يباشر عملاً مضرًا بغيره .

فن يباشر إتلافاً بأي طريقة كانت فهو ضامن سواء أكان عامداً أو غلطاً :  
- فلو زلقت رجل انسان فسقط على شيء لغيره فأتلفه أو أضره ،  
او طارت شرارة من دكان حداد فأحرقت ثوب شخص ، او انقلب طفل  
على آنية شخص فكسرها ، كان كل اولئك ضامين ما أتلفوا او أفسدوا  
( ر : ف / ٤١٣ و ٤٢٣ ) .

**٦٥٨ الضامة المتممة للموتمين :** « المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد ،  
( م / ٩٣ ) .

المتسبب في حادثة : هو الذي يفعل ما يؤدي إليها ، ولا يباشرها مباشرة .  
والنظر الشرعي في التسبب لضرر الغير أنه :  
( أ ) - اذا انفرد التسبب في الميدان كان من موجبات الضمان  
بشرط انه يكون التسبب متعمداً .

- مثال ذلك مالو حفر شخص حفرة في الطريق العام بدون اذن  
ولي الأمر ، او باذنه ولكنهم اهل بعض القيود ، كما لو اذنت له بالحفر على  
ان يضع حواجز حول الحفرة فلم يضعها ، فوقع فيها حيوان او شخص  
اعمى . فان المتسبب ، وهو الحافر ، يضمن ضرر الانفس والاموال .  
- وكذا لو قطع شخص جبل قنديل معلق فسقط ، او شق زق  
سمن فسال ، او فتح باب قفص او اصطبيل حتى فر الطائر او الدابة ،  
فانه يضمن في كل ذلك .

(ب) - فإذا لم يكن المتسبب معتدياً، كمن حفر حفرة في ارضه فدخل حيوان لجارهِ وسقط فيها، او حفر حفرة في الطريق العام باذن ولي الامر وحوط حولها، فسقط فيها شخص او حيوان ، فلا ضمان عليه ( ر : شروح المجلة للعلامة علي حيدر وغيره م/٩٢-٩٣ ) .

يستخلص مما تقدم في هذه القاعدة والتي قبلها ان التعدي هو الاساس الملحوظ للتضمنين في حالتي المباشرة والتسبب على السواء، وان التعدي يكون:

( ١ ) - اما بتجاوز الفاعل على الشخص المضرور او على حقوقه رأساً كما في حالة المباشرة .

( ٢ ) - واما بتجاوزه الحدود المأذون بها شرعاً حتى تنفي الى ضرر الغير ، كما في حالة التسبب .

ومتى وجد التعدي لا ينظر بعد ذلك الى التعمد والقصد ، لأن حقوق الغير مضمونة شرعاً في حالتي العمد والخطأ ، بل حتى في حالة الاضرار المبيح للمحظورات كما تقدم ( ر: ف/٦٠٣ ) .

فالفروع الفقهية تفيد أن كلاً من المباشرة والتسبب لضرر الغير موجب للضمان متى وجد التعدي بمعناه المشروع، سواء قصد الفاعل الفعل او الضرر قصداً معتبراً ام لم يقصد .

ولذا لو صاح المجنون بدابة احد حتى جفلت واضرت بال او نفس كان ضامناً في ماله ، وان لم يستحق عقوبة ، مع انه في ذلك متسبب تسبباً وليس مباشراً ، ولا يعتبر له قصد الى فعل او ضرر .

يتضح من ذلك أن التعبير بلفظ « انعمر » الوارد في « قاعدة المتسبب » ،  
 هذه إنما المراد به معنى التعدّي لا معنى « انعمر » ، وهو تعبير غير سديد  
 لاسيما في قاعدة ، لأنه موهوم . ولم أر من نبه على ذلك من الشراح .  
 ( ج ) — وأما إذا لم ينفرد التسبب بل اجتمع في الحادثة متسبب  
 ومباشر فهذا موضوع القاعدة التالية :

**٦٥٩ — القاعدة الحاوية والعمودون :** « إذا اجتمع المباشر  
 والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر » ( م / ٩٠ ) .

واجتماع المتسبب والمباشر في حادثة يكون بأن يتخلل بين عمل  
 المتسبب وحدوث الحادثة فعل شخص آخر مخفّر .

فهذا الشخص عندئذ يكون مباشراً ، فيضاف الفعل اليه لأنه  
 ألصق به من المتسبب السابق ، ويكون هو الضامن للضرر ولو كان  
 المتسبب أيضاً معتدياً ، لوجود من هو أولى بتحمل التبعة وهو المباشر .  
 وعلى هذا : لو حفر شخص في الطريق العام دون إذن ، فجاء  
 شخص آخر وألقى في الحفرة حيواناً لغيره ، كالت هذا الملقى هو  
 الضامن دون الحافر .

بخلاف ما لو سقط الحيوان من نفسه ، فان الحافر يضمن  
 لانفراد التسبب .

— وكذا لو دل شخص لصاً على مال غيره فسرقة ، فالضمان على  
 اللص لا على الدال .

بخلاف مالودل الوديع على مكان الوديعة التي عنده لصاً فسرقتها ،  
فان الوديع يضمن هنا لأنه متعهد بالحفظ ، وهذه الدلالة خيانة أو  
تقصير ، فتوجب عليه الضمان ولصاحب الوديعة تضمنين اللص أيضاً  
إن عرف لأنه مباشر ضامن على كل حال .

٦٦٠ - القاعدة الثانية والثمونية : « جناية العجاء جبار » (م/٩٤)

هذه القاعدة حديث نبوي لفظه : « العجاء جرمها مباد » أخرجه  
البخاري ومسلم ومالك وأحمد في مسنده ، وأصحاب السنن الأربعة  
عن أبي هريرة رضي الله عنه .

والعجاء : البهيمة . وجرحها معناه هنا : ما يصدر عنها من ضرر .

ومعنى كونه « جباراً » (بضم الجيم) أنه هدر لا مؤاخذه فيه ولا ضمان .

(أ) - المراد بالقاعدة : ما تفعله البهائم من تلقاء نفسها .

— وذلك كما لو قطعت رباطها وشردت أو جفلت ، أو نفحت

برجلها ، فأضرت أحداً ، فلا ضمان على صاحبها .

— وكذلك لو اغتالت هرة شخص طائر غيره ، أو ربط شخصان

دابتهما في مكان مأذون بالربط فيه فأتلقت احدهما الاخرى ، فلا  
ضمان على أحد .

(ب) — أما لو كانت جناية العجاء منبعثة عن فعل انسان ، كما

لو كان الشخص راكباً للدابة ولو في أرضه فداست شيئاً للغير ، فإنه  
ضامن ، لأنه يعتبر مباشراً .



— وكذا لو أجبها فضررت أحداً ، فإنه يضمن جنايتها ؛ لأنه متسبب باجفائها .

( ر : باب جناية البيمة والجناية عليها في كتاب الديات في الدر المختار وحاشيته ٣٨٧/٥ )

٦٦١ القاعدة الثالثة : « الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة » ( م / ٥٩ ) .

فلا يملك القاضي أن يتصرف في مال القاصر او الوقف مع وجود الوصي او المتولي .

وقد تقدم الكلام على هذه القاعدة في نظرية الاهلية والولاية ( ر : ف / ٤٧٢ )  
الاستثناءات :

— ويستثنى من القاعدة ان للقاضي حق ايجار عقار الوقف مدة طويلة عند الحاجة الى التعمير ، وليس للمتولي ذلك .  
— وكذا للقاضي اقراض مال القاصر . وليس للاب أو للوصي ذلك ( ر : ف / ٤٣٢ ) .

والسبب في هذا الاستثناء أن صيانة مال الاوقاف والايام هي من الحق العام ، فتجاوز الحدود المسموحة للاولياء والاوصياء ، والقوام يعود الى تقدير الولي العام . ولذا كان للقاضي محاسبتهم وعزلهم عند الاقتضاء بمقتضى النظر العام (الولاية العامة) ، وإن كان ليس له ان يباشر

العقود عنهم مع وجودهم (من شرح والذي رحمه الله على القواعد) .  
٦٦٢ — القاعدة الرابعة والثلاثون : « التصرف على الرعية  
منوط بالمصلحة » (م/٥٨)

هذه القاعدة ترسم حدود الادارة العامة والسياسة الشرعية في  
سلطان الولاية وتصرفاتهم على الرعية . فتفيد أن اعمال هؤلاء الولاية  
وتصرفاتهم النافذة على الرعية الملزمة لها في حقوقها العامة والخاصة  
يجب ان تبني على مصلحة الجماعة وتهدف الى خيرها .

ذلك لأن الولاية ، من الخليفة فن دونه من العمال الموظفين في  
فروع السلطة الحكومية ، ليسوا عمالا لأنفسهم ، وانما هم وكلاء عن  
الامة في القيام بأصلح التدابير لإقامة العدل ، ودفع الظلم ، وصيانة  
الحقوق والاخلاق ، وضبط الامن ، ونشر العلم ، وتسهيل المرافق  
العامة ، وتطهير المجتمع من الفساد ، وتحقيق كل ما هو خير للامة في  
حاضرها ومستقبلها بأفضل الوسائل ، مما يعبر عنه بالمصلحة العامة .

فكل عمل او تصرف من الولاية على خلاف هذه المصلحة ، مما  
يقصده استئثار أو استبداد ، أو يؤدي الى ضرر او فساد ، هو غير جائز  
— فليس لولي الأمر أن يعفو عن عقوبات الحدود مطلقاً ، ولا عن  
غيرها من الجرائم او العقوبات اذا كان في ذلك تشجيع على الاجرام  
واستخفاف بنتائجها .

— وكذا ليس له ان يهدر الحقوق الشخصية للمجني عليهم بحال من

الاحوال ، ولا أن يبطل أفضية القضاة .

— وكذا ليس لإمام أو أمين أو قاض ان يمنع محاسبة من تحت أيديهم أموال العامة او القاصرين ، كالتولين على الاوقاف وكالاوصياء — ولا أن يسمح بشيء من المفاسد المحرمة شرعاً ، كالفسق والخمر والقمار ، ولو بحجة جباية الأموال والضرائب منها .

— ولا أن يولي غير امين ، او غير كفي ، عملاً من الاعمال العامة .  
والأصل في ذلك قول الرسول عليه السلام :

« ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعية يموت وهو غاش رعيته إلا حرم الله تعالى عليه الجنة » (رواه البخاري ومسلم) .

وقوله عليه السلام أيضاً : « ما من امير يلي امور المسلمين ، ثم لم يجهد لهم وينصح لهم كتصحته وجهده لنفسه ، إلا لم يدخل معهم الجنة » رواه مسلم والطبراني . (وجملة « كنصم وجهده لنفسه » في رواية الطبراني) .  
وقوله عليه السلام : « من استعمل رجلاً من عصابة (اي جماعة) ، وفيهم من هو أرضى الله منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين » .

( رواه الحاكم في الأحكام عن ابن عباس )

وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » .  
(رواه أحمد في المسند من حديث عمران والحكم بن عمرو والغفاري) .

٦٦٣ — القاعدة الخامسة والثلاثون : « يقبل قول المترجم مطلقاً » (م/٧١) .

المترجم والترجمان : هو الذي يفسر لغة بأخرى .  
فاذا كانت أحد المتداعين أو كلاهما ، أو الشهود أو بعضهم ، لغتهم غير لغة الحاكم يعتمد الحاكم ترجماناً ينقل اليه الكلام .  
فهذا الترجمان مؤتمن وقوله حجة . بشرط أن تتوافر فيه صفتان :  
(١) — أن يكون عدلاً غير فاسق ، لأن الفاسق غير مؤتمن .  
(٢) — وأن يكون عالماً باللغتين عالماً كافياً يؤمن معه الخطأ والخلط .  
ولا يشترط تعدد الترجمة كصاحب الشهاد ، بل يكفي بالمترجم الواحد .  
ومعنى الاطلاق الوارد في القاعدة أنه يقبل قول المترجم في جميع أنواع الدعاوى والبيّنات ، رجلاً كان أو امرأة .

وقد استثنى الفقهاء الجرائم الموجبة لعقوبات المهور ، فاشتروا في المترجم في دعاويها وإثباتها أن يكون رجلاً ، زيادة في الاحتياط .  
٦٦٤ — القاعدة السادسة والثلاثون : « دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه » (م/٦٨) .

ان لهذه القاعدة صلة وثيقة بمبدأ القضاء بالقرائن .  
المهور الباطنة : هي الحقائق الخفية المحجوبة التي يتعذر أو يتعسر الاطلاع عليها ، مع أنها تختلف بوجودها وعدمها الاحكام ، وتحتاج الى اثبات .  
فالنظر الشرعي أن ما كان كذلك لا يبحث عن حقيقة وجوده في الواقع بل ينظر الى دلائله ، فيقوم وجودها مقام وجوده ، وترتبط

الاحكام بتلك الدلائل وجوداً وعدمأ ، ولا يلتفت الى احتمال خلافها :  
— فالارادة الحقيقية مثلاً في العقود هي خفاء ، فيقوم دليلها وهو  
الارادة الظاهرة بالايجاب والقبول مقامها ، فيعتقد بهما العقد ، مالم  
يتحقق انتفاء الارادة الحقيقية كما تقدم ( ر : ف / ١٧٦ ) .

— واستعمال القاتل آلة قتالة دليل على قصده القتل ، فلا يقبل منه  
ادعاء الخطأ ، بل يقوم وجود الآلة القتالة مقام القصد الباطني الخفي .  
— وترك الادعاء بالحق مدة التقادم مع عدم المانع من الادعاء  
دليل أن المدعي غير محق في الواقع . فلا تقبل دعواه ، إلا أن  
يقر خصمه فتنتفي الريبة ( ر / ف ١٠٢ ) .  
من أين لك هذا ؟

— ومن الفروع المهمة لهذه القاعدة في أعمال الادارة العامة أن  
عمال الحكومة ، وجباة بيت المال ، ومتولي الاوقاف وكتبها ونحوهم  
إذا ظهرت عليهم مظاهر الغنى وبنوا الابنية دون أن يعرف لثرائهم  
مصدر ، كان ذلك دليلاً على خيانتهم وارتشائهم . فيجوز عزلهم  
ومصادرة اموالهم ، مالم يثبتوا لها مصدرأ ( من شرح والدي رحمه الله على  
القواعد ونقلأ عن الدر المختار قيل بحث كفاية الرجلين من كتاب الكفاية <sup>(١)</sup> .

---

(١) — وقد فعل ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فكان اذا استعمل  
عاملاً ( موظفاً ) أحصى ماله في سجل مكتوب . ثم اذا وجد عنده فضلاً ليس  
له مصدر صادره أو شاطره إياه على حسب قوة التهمة ، ووضعه في بيت المال .  
وقد مر عمر ببناء يبنى بالحجارة والجص ، فقال : لمن هذا ؟ فذكروا عاملاً  
له على البحرين ؟ فقال : أبى الدوام إلا أن نخرج أعناقها « وشاطره ماله . =

٦٦٥ — الفاعلة السابعة والثمانون: «المرء مؤاخذاً بقراره» (م/٧٩).

وذلك اذا كان عاقلاً كامل الاهلية ، لأن المفروض أنه أعلم من غيره بما فعل من أسباب الالتزام ، وبما عليه من حقوق . وأن له ولاية على الزام نفسه بما يشاء من طريق الانشاء ، بالعقود وغيرها من الأسباب المنشئة ؛ فله ، بل عليه شرعاً ، أن يكشف الحجاب عن الالتزامات المستقرة عليه ، لأن كتمان حقوق الناس وهضمها حرام

---

= وكان يقول : « لي على كل خائن أمينان : الماء والطين » !

وقد صدر الحارث بن وهب الليثي ، وقال له :

— « ما قلاص وأعبد بعثها بمائة دينار ؟ » [ « القلاص » ، ( بكسر القاف )

جمع « قوص » ( بفتح القاف ) ، وهي الناقة الفتية .

— قال : خرجت بنفقة لي فاتجرت فيها .

— قال : إنا والله ما بعثناك لتجارة ، أدها .

— قال : أما والله لا أعمل لك بعدها .

فقال عمر : أنا والله لأستملك بعدها !!

( ر : سيرة عمر بن الخطاب للأستاذ بن القاضي الاخوين علي وناجي الطنطاوي :

ج ١ ص ٢٣١ — ٢٣٣ / والاصابة ٢٢٠ / ٤ / ٢٢٠ وعيون الاخبار لابن قتيبة ١ / ٥٣ ) .

وهذا ما يعبر عنه المعاصرون اليوم بقاعدة : « من أين لك هذا ؟ » ، ويطالبون

بسن قوانين تسوغه ، بعد ان اصبح كثيرون من رجال الحكم والموظفين

على غنى واسع جديد لا يعرف له مصدر عندهم سوى الحياة واستغلال الوظيفة .

وقد كان في هذه المبادئ والاحكام الشرعية العلاج التشريعي المطلوب .

وقد صدر لدينا فعلاً قبل هذه الطبعة بعد الوحدة بين مصر وسورية

« قانون الكسب غير المشروع » سنة ١٩٥٨م / أوجب على كل موظف ومن

سيتوظف تقديم بيان يحصي فيه كل ماله من أموال له أو لزوجته أو لأولاده .

ومن الأدلة النصية الدالة على هذه القاعدة قوله تعالى في آية المدائنة  
من سورة البقرة ، وبعد ارشاده الى توثيق المدائنة بالكتابة :

« وليلمل الذي عليه الحق وليتق الله ربه » .

فقد أمر المدين بالاملال — أي الاملاء — واعتبر ذلك توثيقاً  
للمدين . وهذا معنى المواخضة بالاقرار ( ر : المبسوط للسرخسي في  
أول كتاب الاقرار ) . وهناك نصوص من السنة كثيرة .

هذا ، وقد تقدمت تطبيقات هذه القاعدة في مناسبات كثيرة كافية .

٦٦٦ — الفقرة الثامنة والثلاثون : « الثابت بالبرهان كالثابت

بالعيان » ( م/٧٥ ) .

المراد بالبرهان : **الدعوة القضاية المثبتة** التي تسمى : بالبينات .

أي أن ما ثبت لدى القاضي في مجلس القضاء بالبينات ، من الحوادث  
أو نتائجها الشرعية ، يعتبر أمراً واقعاً كأنه محسوس مشاهد بالعيان .  
فيقضى به اعتماداً على هذا الثبوت ، وإن كان هناك احتمال خلافه بسبب  
من الأسباب ، ككون الشهود كذبة متسترين بالصلاح ؛ أو كوجود  
سبب مبريء في الواقع لم يطلع عليه أحد ، ونحو ذلك من الاحتمالات .  
ذلك لأن كل هذه الاحتمالات تبقى في حيز الموهومات بالنسبة للينة  
الظاهرة ، وقد تقدم أنه « لا عبرة للتوهم » ( ر : ف/٥٨٢ ) وإن مهمة  
القضاء البناء على ما يظهر ويثبت لديه ، وليس القاضي مكلفاً باكتناه  
الحقائق في الواقع فإن هذا ليس في طاقته .

وقد تقدم قول الرسول عليه السلام : انكم لتختصمون إلي ،  
وعسى أن يكون بعضكم ألحن بحجته من الآخر فأقضي له على نحو  
ما أسمع ، الخ ... ( ر : ف / ٣ ) .

ونتائج كون الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان ثلاث :

(١) — أن لا يقبل من المدعى عليه انكار بعد ذلك الثبوت .

(٢) — وأن لا يسمع منه بعد القضاء ادعاء بخلاف ما قضي عليه به ،  
إلا بسبب جديد . ( ر : « الطريقة الواضحة الى اليانة الراجعة »  
للحمزاوي بحث « تهاثر اليانات » ص / ٢٢٩ ) .

(٣) — وأن يسري الاثبات بالينة على غير المقضي عليه بها من  
ذوي العلاقة الذين تجمعهم وحدة السبب الموجب ، فيعتبر الموضوع  
ثابتاً بالنسبة اليهم أيضاً ، كما سنرى .

### ما ينفرع عنها من الاقراء

٦٦٧ - « البينة حجة متمدية ، والاقراء حجة قاصرة » ( م / ٨٧ ) .  
قلنا في شرح القاعدة السابقة : إن البينة هي الدليل القضائي المثبت .  
وقد تقدم أيضاً معنى كون الاقراء حجة قاصرة في مناسبات  
عديدة ، كمن أقر بدين مشترك عليه وعلى غيره ، فان اقراره هذا ينفذ  
على نفسه فيؤاخذ به في ماله ولا يسري على رفيقه ما لم يصدقه .  
( ر : ف / ١٦ و ٥٦٠ و ٦٣٩ ح ، وسنوضحه قريباً أيضاً ) .



أما ما يثبت من الحقوق بالبيئة امام القاضي فانه يعتبر هو الحقيقة الواقعية ، بل يعتبر كالمشاهد بالعيان بمقتضى القاعدة السابقة ؛ وحينئذ يحتاج به على غير المقضي عليه أيضاً .

٦٦٨ — القاعدة التاسعة: والى وثائق : البيئة لإثبات خلاف الظاهر ، واليمين لإبقاء الأصل ، ( م/٧٧ )

سنرى قريباً في الفصل التالي معنى : ( الظاهر ، وخلاف الظاهر والأصل ) .

ومعنى هذه القاعدة يتضح من القاعدة التالية المتفرعة عنها :

ما يتفرع عنها من القواعد

٦٦٩ — « البيئة على المدعي ، واليمين على من أنكر » ( م/٧٦ )

هذه القاعدة بنصها لفظ حديث نبوي كما تقدم ( ر : ف/٦٧ ) .

إن المدعي هو الذي يزعم خلاف الظاهر ، فعليه الإثبات بالبيئة ، كما أفادته القاعدة الأساسية السابقة .

أما المدعى عليه فانه يأنكاره متمسك بالحالة الأصلية وهي براءة ذمته من المسؤولية . فيجب قبول قوله الى أن يثبت شغل ذمته بسبب طارئ .

ولكن لاحتمال كذب المدعى عليه في الإنكار يوثق قوله باليمين اذا طلب المدعي تحليفه عند عجزه عن الإثبات .

وهذا مبدأ عام : أن من كان القول له فهو خاضع لليمين إلا في مستثنيات محدودة<sup>(١)</sup>.

٦٧٠ — **الضامرة المتممة الورعيين** : « لاجحة مع التناقض ، لكن لا يتخلل معه حكم الحاكم » (م/٨٠) .

التناقض : هو أن يصدر عن الشخص كلامان ينقض أحدهما الآخر .  
وللتناقض بحث كبير ، وأحكام مفصلة وتطبيقات وتقريرات واسعة النطاق في مباحث الدعوى والشهادة والاقرار من الكتب الفقهية .  
— والتناقض المقصود في هذه القاعدة هو تناقض الشاهد في شهادته المثبتة للدعوى :

فاذا وقع التناقض في شهادة الشاهد قبل القضاء بها ، كما لو شهد في دعوى الدين مثلاً أن الدين قرض ، ثم قال : إنه ثمن مبيع ، انهدم الاحتجاج بشهادته وامتنع القضاء بها .

---

(١) — من هذه المستثنيات ما اذا رجع الواهب في عهته وطلب القضاء له باستردادها ، فزعم الموهوب له هلاك الموهوب ، فالقول له في الهلاك بلا يمين .  
( ر : قواعد الخزاوي في مسائل الهبة ، والرد المختار باب الرجوع في الهبة ) .  
والمبدأ الفقهي في هذا الاستثناء أن كل من ادعى أمراً يملك انشاءه في الحال فالقول له فيه بلا يمين .

فالشخص الموهوب له هنا يملك استهلاك الموهوب في الحال دون مسؤولية مادام ملكاً له قبل القضاء برده الى الواهب ، فلا فائدة من تخليفه ، إذ لو كان كاذباً في زعم الهلاك لاستطاع استهلاكه الآن بلا ضمان .

وأما إذا ظهر التناقض في البيئة بعد القضاء بها ، كما لو رجع الشهود عن شهادتهم ، أو اعترفوا بما يكذبها بعد القضاء ، فإن القضاء الواقع لا يبطل ، بل يضمن الشهود للمحكوم عليه ما حكم عليه به .  
 ويشترط في رجوع الشاهد أن يكون أمام القاضي ، فلو أظهر الرجوع خارج مجلس القضاء فلا عبرة لرجوعه لا قبل الحكم ولا بعده (المجلة/ ١٧٣١) .

ولمّا لم يبطل القضاء لأنه لا يمكن الجزم بأن كلام الشهود الثاني التناقض لشهادتهم الأولى هو الصحيح دون الأول . فلو جاز الإبطال لأمكن الغاء كثير من الأقضية عن طريق إغراء الشهود . ولذا كان من القواعد أن القضاء يصاحبه عن الإغراء ما أمكن .

٦٧١ — انتهى تصنيف وشرح القواعد التسع والتسعين التي صدرت بها المجلة .

وإن هذه القواعد الأخيرة الباحثة عن الأدلة وتوزيع البيئة واليمين بين الخصمين بالنظر إلى : « الأصل » و « الظاهر » و « خلاف الظاهر » ، وعن الاقرار وقصوره ، واليمين وتعدّيها ، وما يتصل بذلك ، هي القواعد التي تتضمن فلسفة نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية ، والترجيح القضائي بين مزاعم الخصمين المتدافعة .

ومن المفيد ، لكي تكون هذه القواعد الست الأخيرة المتعلقة بالاثبات واضحة المفاهيم والمباني والاهداف ، أن نعالج مباني الترجيح

والاثبات القضائي ، والمرجحات الابتدائية ، والمثبتات النهائية ، وقوة كل منها ، يبحث تحليلي يكشف عما فيها من عناصر ، وما بينها من أواصر ، حتى تصبح هذه القواعد المتعلقة بنظام الاثبات مفهومة واضحة ؛ وكذا ما يتصل بها من القواعد السابقة التي تتضمن ما يسمى في اصطلاح الاثبات : « أصول ، أو ظواهر » يرتكز عليها القضاء في طريق الاثبات . وهذا ما سنحاوله في الفصل الثاني التالي .

## الفصل الثاني

نظرة تحليلية في قواعد الاثبات

المرجحات الابتدائية ، والمثبتات القضائية ، في الفقه الإسلامي

( ١ ) — غاية البيئة ، ومشروعيتها لاثبات خلاف الظاهر

٦٧٢ — البيئة مشتقة من البيان وهو الظهور والوضوح .

ومعناها في العرف الشرعي البرهان الخاص الخاص الذي يدعم دعوى المدعي .

ولذلك يقول الفقهاء : « البيئة كاسمها مينة » . وهي ثلاثة أقسام :

( ١ ) — البيئة الشخصية : وهي الشهادة بشرائطها المعروفة .

( ٢ ) — البيئة العقلية : وهي أنواع فصلتها المجلة في فصل خاص

( م / ١٧٣٦ — م / ١٧٣٨ ) .

(٣) - المقارنة المقاطعة المذكورة في المادة /١٧٤١/ من المحلة ، وهي الأمانة البالغة حد اليقين ، وقد تقدم بيانها في بحث القرائن ( ر : ف / ٥٣٦ ) .

فمن ذلك يتبين أن البيئة أعم من الشهادة ، فالشهادة فرد من أفراد البيئة . بناء على ذلك نقول : حينما يختلف المدعي والمدعى عليه لا بد في سبيل حسم القضية لمصلحة أحدهما على الآخر من مستند يرجع زعم أحدهما ، وإلا فالترجيح بلا مرجح باطل .

وهذه المستندات نوعان : مرجحات ابتدائية ، ومثبتات :

( أ ) المرجحات الابتدائية

فالمرجحات الابتدائية شيان هما : (١) الأصل ، (٢) وودود الحال : وكلاهما يسمى : بظاهر الضعيف : أي الذي لم يصل في الظهور الى درجة يطرح معها احتمال خلافه . وإيضاح ذلك فيما يلي :

**٦٧٣ - الأصل :**

فالأصل في اللغة : هو أسفل الشيء وأساسه .

وفي اصطلاح الاثبات :

الأصل : هو الحالة العامة التي هي بمثابة قانون مرعي ابتداء بلا حاجة الى دليل خاص عليه ، بل يعتبر مسلماً بنفسه .

ومنهم من يعرف الأصل بأنه : « ما ينشأ عليه غيره وودويني هو على غيره » .

وأمثلة ذلك في الشرع كثيرة  
- فمنها قولهم : « الأصل في الامور العارضة العدم ، وفي الأمور  
الاصلية الوجود » .

ومن شعب هذا الأصل أصول فرعية عديدة ، منها ، أن : « الأصل  
براءة الذمة » ، وأن « الأصل سلامة المبيع من العيوب » ونحو ذلك .  
— وكذا قولهم « الأصل حين الاختلاف في بطلان عقد وصحته  
أن يعتبر باطلاً ، وحين الاختلاف في فساد وصحته أن يعتبر صحيحاً » ،  
ذلك لأن الاختلاف في البطلان معناه النزاع في وجود العقد وعدمه ، والعدم  
هو السابق المعبود ، أما الاختلاف في الصحة والفساد فمعناه الطعن في  
سلامة العقد من الشوائب بعد تسليم وجوده وانعقاده ، وأن صفة  
السلامة من العلل هي الحالة الطبيعية الاصلية في الموجودات .  
— وكذا قولهم : « الأصل إضافة الحادث الى أقرب أوقاته  
و : « الأصل بقاء ما كان على كان » ، الى غير ذلك ، ككثير من القواعد  
المتقدمة المعتبرة أصولاً في الشرع ، ومنها ما يكون متفرعاً عن أصل  
أعم منه وداخلاً في شموله .

## ٦٧٤ - دولة الحال

واما دلالة الحال فهي : الأمانة القائمة التي تدل على شيء .  
فالحالة التي تسمى : « الظاهر » هي في نظر الفقهاء نوعان :

(١) — **ظاهر ضعيف** لم يطرح معه احتمال خلافه كما سبق بيانه ،  
من أصل أو دلالة حال ، وهو المراد هنا بالمرجحات الابتدائية .

(٢) — **وظاهر قوي** ، وسيأتي الكلام عليه .

وأمثلة دلالة الحال كثيرة ، وهي المعروفة بمسائل « **تحكيم الحال** » :

— وذلك كما لو زعم مستأجر الطاحون بعد انقضاء الاجارة أن  
الماء قد انقطع فتعطلت الرحى عن العمل وطلب إسقاط الاجرة ، وزعم  
المؤجر عدم الانقطاع ، ولا بينة ، فحينئذ يلتجئ القضاء الى تحكيم  
الحال لترجيح أحد الزعيمين : فاذا كان الماء منقطعاً حين الخصومة  
يترجح زعم المستأجر بالنسبة الى الماضي ؛ واذا كان الماء جارياً  
حين الخصومة كان ظاهر الحال عدم الانقطاع بعد اتفاقها على أنه كان  
جارياً عند العقد والتسليم ، فيترجح زعم المؤجر ولا يسقط شيء من  
الاجرة حتى يثبت المستأجر الانقطاع (م ١٧٧٦) <sup>(١)</sup>

— وكذا لو أنفق الأب على نفسه من مال ابنه الذي عنده  
ثم اختلفا : فزعم الأب أنه أنفق وهو معسر مستحق للتفقة ،  
فلا ضمان عليه ، وزعم الابن أنه أنفق وهو موسر .  
فحينئذ يلجأ الى تحكيم حال الأب في اليسار والاعسار حين

---

(١) — اما اذا اتفقا على انقطاع الماء واختلفا في مقدار مدته فالقول  
للمستأجر يمينه في زعم زيادة مدة الانقطاع .

الخصومة ، فيرجح القاضي بناء على ذلك زعم من تشهد له الحال منها ترجيحاً ابتدائياً إلى أن يثبت خلافه ( ر : رد المحتار ٢/٢٨٥ أو آخر النفقات ) .

والنظر الفقهي هنا هو أنه في مثل هذه المسائل توجد فرائئ قائمة فيها نوع دود . فيلتجأ إليها مبدئياً عند فقدان البرهان المثبت .

بخلاف المسائل التي لا قرائن فيها كدعوى الدين ، فإنها عند فقدان اليقينة يلتجأ فيها إلى تلك الأصول للترجيح المبدئي ، ككون الأصل براءة الذمة ، وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته ، وغيرهما .

٦٧٥- هذه هي المرجحات الأولية التي يترجح بها زعم أحد المتداعين على الآخر ، وهي : الظاهر الضعيف بنوعيه ، من أصل أو دلالة حال . — ومن المقرر فقهاً أن الأمر الظاهر يصلح حجة لرفع رده واستحقاقه فهو دليل كاف لبقاء وضع حقوقه قائم ، ودفع من يدعي خلافه دون اثبات . ولكن الظاهر ليس دليلاً كافياً للاستحقاق على الغير .

وعلى هذا الأساس تخرجت أحكام من أبواب شتى ، منها : أملاك الفقراء : فالمفقود يعتبر حياً عملاً بظاهر الحال ، وهو استصحاب حياته المتيقنة سابقاً . ذلك لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان كما تقدم . وهذا يكفي لمنع ورثته عن استحقاق تركته قبل ثبوت وفاته ، ولكنه لا يكفي لأن يستحق ميراثاً من غيره إذا توفي أحد مورثيه بعد فقدانه ، بل يوقف نصيبه الارثي : فإن عاد حياً أخذه ، وإلا رد إلى



الورثة الذين كانوا يستحقونه على تقدير أن المفقود ميت عند وفاة مورثه .  
— على ان لهذا المبدأ استثناءات في بعض فروع فقهية حكم فيها  
الفقهاء بالاستحقاق استناداً الى دلالة الظاهر . ( ر : « الاشباه »  
لابن نجيم ١/ ١٠٤ )

### ب - — الميثبات

٦٧٦ - أما الميثبات فأربعة أقسام متفاوتة الدرجات في  
القوة وهي :  
( ١ ) - الوفرار .

( ٢ ) - النكول : اي استنكاف الخصم عن حلف اليمين الموجهة عليه  
من القاضي .

( ٣ ) - الينة بأنواعها الثموية المنعومة : وهي الينة الشخصية : ( أي  
الشهادة ) ، والينة الخطية ، والقرينة القاطعة .

( ٤ ) - الظاهر القوي الذي سنتكلم عنه ، وهو في قوة القرينة القاطعة .  
إذا تبين ذلك نقول : قد تعدد الادلة المرجحة في القضية  
الواحدة وتتعارض ، فيكون بعضها شاهداً لأحد الخصمين  
وبعضها للآخر .

فالنظر الفقهي عندئذ في الترجيح يقوم على التفصيل التالي الذي  
تدل عليه فروع الأحكام :

## ٦٧٧ — تعارض الأدلة القضاية :

— (أولاً) إذا تعارضت المرجحات الابتدائية بعضها مع بعض ، بأن كان أحد المتداعين يستند الى أحدها ، والآخر يستند الى غيره ففي الترجيح تفصيل :

(أ) — فإن كان التعارض بين أصليين فإنه يرجح اعتبار الأصل الذي هو أكثر تعلقاً بموضوع النزاع وجوهره ، أو تؤيده قواعد أخرى في موضوع القضية .

فمثلاً : إذا تعارض أصل براءة الذمة مع غيره يرجح اعتبار براءة الذمة ، لأنها أكثر قوة وثبوتاً .

مثال ذلك : مالو ادعى الوديع رد الوديعة ، وانكر المالك المودع ردها اليه ، ولا بينة ، فالقول الراجح قول الوديع ، لأن جوهر هذا النزاع يرمي الى تضمين الوديع قيمة الوديعة بزعم أنه جردها ، أو الى عدم تضمينه بزعم أنه ردها ، وإن كان ظاهر النزاع منصّباً على رد وديعة أو عدمه .

فبالنظر الى جوهر النزاع ، وباعتبار أن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ ، يشهد للوديع أصل براءة الذمة .

وبالنظر الى الصورة الظاهرة يشهد للمودع أن الأصل عدم الرد لكونه عارضاً ، والأصل في الأمور العارضة العدم .

فيرجح اعتبار أصل براءة الذمة هنا ، لأنه هو الذي يتعلق به

جوهر النزاع، ولأنه تؤيده أيضاً قاعدة كون اليمين مصدراً في قوله، حتى يثبت تعديه أو تقصيره .

وهذا يفسر لنا ان كثيراً من الفروع المستثناة من بعض القواعد المتقدمة إنما استثنت منها لأنها اجدر بالتفريع على قاعدة اخرى .

(ب) — وان كان التعارض بين الاصل ودلالة الحال ترجح دلالة الحال دائماً لأنها قرائن وشواهد قائمة تنبئ بحدوث امر يغير حالة الاصل ؛ فيكون بمثابة دليل على كذب تمسك من يتمسك بذلك الاصل . مثال ذلك فرع اختلاف الاب والابن في يسار الاب واعساره حين انفاقه على نفسه من مال ابنه كما تقدم :

فانه اذا كان الاب حين الخصومة موسراً كانت هذه أمانة ظاهرة على صحة دعوى الابن ، ويكون القول له في ان أباه كان موسراً ، فيضمن الاب ما انفق على نفسه من مال ابنه مع ان الاصل عدم اليسار . واذا كان الاب حين الخصومة معسراً كان الامر بالعكس : اي انه يكون القول للاب عملاً بالاصل ، لان الغنى امر عارض .

فهما حينئذ شهدتا دلالة الحال للابن ( حال يسار الاب حين الخصومة ) رجحت على الاصل الذي يتمسك به الاب وهو عدم الغنى .

— وكذا يقال في كل فروع تحكيم الحال التي تسمى : مسائل  
الاستصحاب المقاب .

وسمي مغلوباً ، لأن الاستصحاب العادي هو اعتبار الوجود الماضي منسجماً الى الزمن الحاضر ( ر : ف / ٥٧٥ ) ؛ اما هذا ففيه اعتبار استناد الوجود الحاضر الى الماضي .

فيسار الأب في حال الخصومة قد انسحب على الماضي لأنه اعتبر دليلاً على يساره حين الانفاق .

ومثال ذلك يلحظ في قضية الاختلاف في انقطاع ماء الطاحون المتقدمة .

٦٧٩ — ( ثانياً ) — اما اذا تعارض أحد المثبتات الأربعة المتقدمة مع أحد المرجحات الابتدائية ؛ فلا شك أنه يصار الى الدليل المثبت ، لانه برهان صريح على عدم صحة ما يتمسك به الطرف الآخر من أصل أو دلالة حال .

— وأمثلة ذلك مستفيضة ؛ كما لو ادعى دائن على مدين ، فأنكر المدين الدين ، فأقام المدعى بينة ، أو أقر المدين ؛ فإنه يحكم عليه .  
— وكذا لو طلب المدعي تحليفه اليمين ، فنكل المدعى عليه عن الحلف فإنه يحكم عليه .

وذلك لأن كلا من الاقرار والنكول والبيئة مرجح نهائي يصار اليه لادحاض دلالة الظاهر ، وإثبات حدوث خلافه .

وعلى هذا الاساس وضعت القاعدة الفقهية القائلة : البيعة لوثبات خوف الظاهر ، واليمين لبقاء الاصل ، ( ف / ٦٦٨ ) .

٦٨٠ — معنى كون البيئة لوثبات مخوف الظاهر :

المراد من كلمة الظاهر في قاعدة : « بيئة لوثبات مخوف الظاهر »  
هو الظاهر الضعيف المتقدم ، من أصل أو دلالة حال .  
ومعنى كون البيئة تقام لاثبات خلاف الظاهر أنها تقام لاثبات  
خلاف ما تدل عليه المرجعات الودينية .

وهذه القاعدة علة ومستند للقاعدة القائلة : « بيئة على المدعى والمبني  
على من أنكر .

وذلك لأن المدعى يدعي ثبوت حق له على المدعى عليه . وهذا  
الحق أمر عارض ، فالأصل عدمه ، ولا يثبت إلا بمثبت . فيكون  
القول للمدعى عليه الذي يتمسك بالظاهر ، ولكن يحتفظ للمدعى  
بحق إثبات نشوء ذلك الحق الذي يدعيه على خصمه .

وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء ان الشهادة لاتقبل على النفي المنفي  
فلا تقبل الشهادة مثلاً على أن الوديع لم يرد الوديعة ، أو أن هذا  
الشيء ليس لفلان ، أو أن فلاناً ليس بمدين لفلان ، أو لم يفعل كذا .  
وذلك لأن النفي هو الأصل الظاهر ، بمقتضى أن الأصل في الامور  
العارضة هو العدم ، فالينبات انما يحتاج اليها لإثبات خلافه ؛ ولأن  
الشهادة على النفي مجازفة ظاهرة الريبة ، فان الشهود لا يستطيعون  
الاحاطة بجميع الاوقات ليلاً ونهاراً ، وقد يكون الامر المشهود  
على نفيه قد حصل في وقت لم يطلعوا عليه .

لكن اذا كان النبي محصوراً بوقت معين تقبل الشهادة عليه ، كما لو ادعى شخص على آخر أنه أقرضه مبلغاً في وقت ومكان معينين . فأتى المدعى عليه بشهود ثقات على انه لم يكن في هذا المكان في ذلك الوقت ( ر : م / ١٦٩٩ / وشروحها )<sup>(١)</sup> .

٦٨١ — وكون البيئة لاثبات خلاف الظاهر هو المعقول ، لأن الظاهر ثابت بنفسه مع احتمال خلافه ، فهذا الاحتمال يحتاج الى مرجح ، وذلك المرجح هو البيئة .

فمن كان الظاهر شاهداً لقوله لا يحتاج الى سلاح آخر يدفع به خصمه ، فيكلف خصمه حينئذ أن يأتي إن استطاع يرهان أقوى من حجة خصمه لكي يثبت به تغير حالة الأصل العامة التي تذرع بها خصمه للدفاع عن نفسه ، ويؤكد حدوث خلافها .

وهذا يوجب أن تكون البيئة ملقاة على عاتق المدعي المهاجم ، لا المدعى عليه المدافع .

وهذه قاعدة في الشرع سائدة ، وقد قبلتها الشرائع الوضعية الحديثة ، وتطبق تطبيقاً عاماً في سائر الحصومات .

---

(١) — يشترط الفقهاء في فروع الفقه الحنفي ان يكون عدد الشهود على النفي المحصور كبيراً بحيث يبلغ درجة التواتر ، وبذلك جاءت المجلة ؛ ولكن علماء اصول الفقه منهم لا يشترطون ذلك ، بل يكتفون بنصاب الشهادة العادي ، وهذا أوجه .

٦٨٢ — على أنه قد يوجد أحوال في الشرع يكون فيها القول والينة كلاهما لأحد الطرفين ، وذلك لعلل خاصة .

— فن هذا : ما لو زعم الوديع رد الوديعة ، وكذبه المالك المودع ، فان القول للوديع يمينه كما تقدم آنفاً ( ف/١٧٧ ) . وكذلك قالوا : ان الينة له أيضاً على الرد . لأن الرد حادثة ايجابية خاضعة للاثبات ، وهو يدعيها . فيقبل منه اثباتها بالشهادة .

وفائدة الينة منه عندئذ مع أن القول له بلا يينة هي أن يدفع اليمين عن نفسه ، اذ لا يبقى لليمين عمل مع قيام الينة . — وهكذا حكم كل أمين إذا ادعى رد الامانة .

( ر : المجلة / ١٧٧٤ ) و « الطريقة الواضحة الى الينة الراجعة للحمز اوي أو مسائل الوديعة ، وتنقيح الفتاوى الحامدية آخر كتاب الوديعة ) . وهناك أمثلة اخرى نكتفي بهذا المثال المتقدم عنها <sup>(١)</sup> .

---

(١) — يلحظ في هذا المقام أن هذه المبادئ الفقهية المنظمة للاثبات والبنات قد أصبحت لدينا منسوخة كلها بقانون البنات الذي صدر في سورية خلال الطبعة الثالثة من هذا المدخل . وبمقتضاه أصبح أمر الينة ونصاها والطرف المكلف بها ومن تقبل منه ، واقامتها على النفي او الاثبات ، وقبولها أو رفضها كله عائداً الى تقدير الحاكم وقناعته .

وهذا تدبير سيء النتائج جداً في حقوق الناس اذا عمل به هكذا على اطلاقه مالم يكن للحكام طهر الملائكة وحكمة سليمان !!

وما تقدم تتضح فلسفة الادلة الشرعية ، ومراتب المرجحات ،  
وأحكام تعارضها ، كما يبين لنا : ماهى البينة ، وما هو الاصل ، وما  
هو الظاهر ، وما هو خلاف الظاهر ؟

### نتيجات

٦٨٣ — يترتب على ما تقدم بيانه النتيجتان التاليتان :  
( النتيجة الاولى ) — البينة انما ترجح على الظاهر الضعيف  
دون القوي .

وبيان ذلك فيما يلي :

ان الظاهر بحسب التعريف الذي عرفناه سابقاً نوعان :  
( الاول ) — الظاهر الضعيف الذي لم يصل في الظهور الى درجة يطرح  
معهما احتمال خلافه ، وهذا الظاهر هو (الأصل ، او دلالة الحال) كما تقدم .  
( الثاني ) الظاهر القوي الذي وصل في الظهور الى درجة يطرح  
معهما احتمال خلافه . وهكذا يكون قطعياً ، حتى ان الشهادتي يعتبر  
الشرع ما يثبت بها كأنه ثابت بالعيان - لا تقبل لاثبات خلافه .

— ومثال ذلك ما نقله العلامة ابن عابدين في باب الوصي من «التنقيح»  
ان الوصي اذا ادعى أنه أنفق على الصغير في مدة يسيرة مبلغاً عظيماً يكذب به  
فيه الظاهر لا يصدق في ذلك ، ولا تقبل له بينة عليه ، الا أن يبين شيئاً  
معقولاً ، كسرقة او حريق ونحو ذلك .



( ر : « التثقيح » ج ٢ ض ٢٧١ نقلاً عن تلخيص الجامع الكبير للإمام محمد ) .

— وكذا لو ادعى أحد الفقراء الصعاليك المعروفين بالفاقة والعدم على أحد الأغنياء مألأً بجسماً لا يعرف أنه أصاب في حياته ما يقرب منه لا تسمع دعواه ، ولا تقبل بينة عليها . ( ر : ف / ٥٨٥ / وكتاب وجواهر الروايات في الدعوى واليقات ، للقاضي الشيخ محمد سليم البشتاوي ص / ٢٨ ) .

فالظاهر الذي هو من المرجحات الابتدائية : هو ذلك الظاهر الضعيف .

( الفقرة الثانية ) — البينة متعديّة ، والدقرار مهمّة قاصرة .  
المحنة المتعديّة : هي التي لا تقتصر قوتها الإثباتية على من أقيمت عليه ، بل تتجاوزها إلى غيره .

فالبينة حجة متعديّة : أي أنها إذا أقيمت بالطريقة الشرعية المعتبرة تكون ملزمة لمن قامت عليه ، وملزمة لغيره أيضاً من الناس .

بخلاف الإقرار فإنه لا يلزم إلا صاحبه المقر لأن المقر لا ولاية له إلا على نفسه ، فله أن يلزم نفسه بما يشاء ، وليس له سلطة على الزام غيره .  
وإنما كانت البينة متعديّة والإقرار قاصراً ، لأن من المحتمل أن يكون المقر كاذباً في إقراره ومتواطئاً مع المقر له لإضاعة حق

شخص ثالث ، إذ الاقرار اظهار واخبار لا انشاء ، فهو لا يخرج عن كونه زعماً مجرداً من المقر لادليل عليه .

أ) — فن حيث كونه زعماً من صاحبه يلزم به صاحبه ، لأن للانسان ولاية على نفسه ، إذ يفرض أن إقراره على نفسه أقوى وأكثر اثباتاً عليه من شهادة الشهود .

لكنه لا يملك أن يقر على غيره ، ولا يسري اقراره على ذلك الغير إلا بإثابة منه وتوكيل .

ب) — أما البيئة فانها برهان يفرض فيه ان يكشف الواقع ويحلوه . والبرهان برهان بالنسبة الى سائر الناس ، كما أن الواقع واقع بالنسبة اليهم جميعاً . فلا يمكن أن يعتبر الواقع موجوداً ثابتاً بالنسبة الى شخص ، ومعدوماً بالنسبة الى آخر . فلذا كان الثابت بالبيئة يحتاج به على سائر الناس .

٦٨٤ — من أمثلة ذلك: أن من ادعى ملكية شيء في يد آخر، وأثبت دعواه بالبيئة ثبت ملكه حتى بالنسبة الى من تلقى المدعى عليه الملك منه. ويتفرع من ذلك أنه إذا اشترى انسان شيئاً ، ثم ظهر له مستحق يدعي أنه ملك له : فاذا صدقه المشتري المدعى عليه وأقر له يؤمر بتسليمه للمدعي . وليس للمشتري عندئذ حق الرجوع على بائعه محتجاً بأن المبيع ظهر له مستحق ، وان البائع قد باعه مالىس ملكه . وذلك لأن اقرار المشتري للشخص المستحق هو حجة قاصرة على نفسه بمقتضى أن

الانسان مؤاخذ باقراره ، فلا يسري اقراره هذا على بانه الأصلي ، ولا يكون حجة ملزمة له .

لكن إذا أنكر المشتري المدعى عليه ملك مدعي الاستحقاق ، فأقام المستحق البيئة على ملكه للبيع الذي يدعيه ، وحكم على المشتري بتسليمه إياه ، تكون هذه البيئة سارية على البائع وملزمة له ، ويكون للمشتري حينئذ حق الرجوع عليه بالثمن الذي دفعه اليه دون حاجة الى اعادة اثبات استحقاق المبيع بمواجهته .

— ونظير ذلك أيضاً ما اذا ادعى غريم ديناً على التركة بحضور أحد الورثة ، فإن أقر الوارث بدين المورث يؤاخذ باقراره . ولكن يكون اقراره قاصراً على نفسه ، بمعنى أن المدعي المقر له يأخذ من حصة الوارث المقر لا من حصة بقية الورثة ؛ لأن اقرار رفيقهم لا يسري عليهم . ولكن اذا أثبت الغريم الدائن حقه الذي على الميت بيئة أقامها على أحد الورثة<sup>(١)</sup> ، وقضي له استناداً الى البيئة ، فانه يستوفي دينه كله من التركة كلها ولو استغرق حصص الورثة جميعاً لأن نيته سرت عليهم . ويستنتج من ذلك أن الوارث إذا أقر للمدعي بالدين الذي يدعيه على التركة كان للمدعي أن يطلب التمثيل في الحكم حتى يقيم البيئة . فاذا اقامها يحكم له بها لا بالإقرار ، وذلك لكي تسري البيئة على بقية

---

( ١ ) من المقرر فقهاً ان احد الورثة بنوب عن الباقين في كل مايدعى به لحساب التركة او ما عليها من حقوق كما في هذا المثال . ( ر : المجلة ١٦٤٢ ) .

الورثة غير المقرين ، فلا يحتاج الى دعوى جديدة عليهم يثبت فيها حقه ( مع أن الاقرار بالنسبة الى المقر يعتبر أقوى إلزاماً من البينة ، حتى قالوا : انه إذا أقر الخصم في الدعوى بعدما اقيمت عليه البينة يقضى عليه باقراره لا بالبينة ) .

## ٦٨٥ - الاستثناء :

على أنه يستثنى من قاعدة قصور الاقرار ما ذكره الفقهاء من أن الفتاة البكر البالغة إذا أقر أبوها ، أو أقر جدّها عند عدم الأب ، بقبض مهرها حين تزويجها ، فإن اقراره يسري عليها ويثبت به القبض إن انكرته هي فيما بعد ( ر : الاحوال الشخصية لقدري باشا م/٩٥ ) . وهذا مبني على أن للأب قبض مهر ابنته البالغة بحسب العرف والعادة ، وإن من ملك حق القبض ملك الاقرار به .

هذا ما أردنا كشفه من مبادئ نظام الترجيح والاثبات القضائي في الفقه الاسلامي بهذه النظرة التحليلية العارضة بمناسبة القواعد المتعلقة بالاثبات .

## مجموع القواعد المتقدمة

من اساسية وفرعية

مرتبة على مروف المعجم بحسب أوائل كلماتها

٦٨٦ — كنا نينا أن القواعد التسع والتسعين المتقدمة لم تتبع الحجة في سردها ترتيباً معيناً ، وقد رتبناها نحن في عرضها وشرحها بحسب موضوعاتها ومعانيها ، وقسمناها : أساسية وفرعية .

وقد لاحظنا ان من يحتاج الى مراجعة بعض هذه القواعد وماعلقناه عليها قد يصعب عليه الاهتداء الى موقعها .

لذلك رأينا ، تسهيلاً لمراجعتها ، أن نسردها يلي نصوص تلك القواعد مرتبة على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها بعد أداة التعريف . وقد وضعنا بعد كل قاعدة منها رقمين بين قوسين :

— أولهما مقرون بحرف (م) لإشارة الى رقم المادة التي جاءت فيها هذه القاعدة من مجلة الاحكام العدلية .

— والثاني مقرون بحرف ( ف ) وهو رقم الفقرة التي جاءت فيها تلك القاعدة في كتابنا هذا ( المدخل الفقهي العام ) .

وإلى القارىء نصوص تلك القواعد بهذا الترتيب :

- ١ - الاجتهاد لا ينقض بطله (١٦/ف/٦٢٤)
- ٢ - الاجر والضمان لا يجتمعان (٨٦م/ف/٦٥٢)
- ٣ - اذا اجتمع المباشر والمسبب يضاف الحكم الى المباشر (٩٠م/ف/٦٥٩)
- ٤ - اذا بطل الاصل يصار الى البدل (٥٣م/ف/٦٤١)
- ٥ - اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (٦٢م/ف/٦٢٢)
- ٦ - اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع (٤٦م/ف/٥٩٥)
- ٧ - اذا تعارض مفسدتان ووعي اعظمها ضرر آبار تكاب اخفها (٢٨م/ف/٥٩٢)
- ٨ - اذا تعذر اعمال الكلام حمل (٦٢م/ف/٦٢٢)
- ٩ - اذا تعذرت الحقيقة يصار الى الجواز (٦١م/ف/٦١٧)
- ١٠ - اذا زال المانع عاد المنوع (٢٤م/ف/٦٢٦)
- ١١ - اذا سقط الاصل سقط الفرع (٥٠م/ف/٦٣٨)
- ١٢ - استعمال الناس حجة يجب العمل بها (٣٧م/ف/٦٠٥)
- ١٣ - الاشارات المعهودة للآخرس ، كاليان بالسان (٧٠م/ف/٦١٠)
- ١٤ - الأصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته (١١م/ف/٥٧٩)
- ١٥ - محال الاصل براءة الذمة (٨م/ف/٥٧٨)
- ١٦ - الاصل بقاء ما كان على ما كان (٥م/ف/٥٧٥)
- ١٧ - محال الاصل في الأمور المعارضة لعدم (٩م/ف/٥٧٧)
- ١٨ - محال الاصل في الكلام الحقيقة (١٢م/ف/٦١٦)
- ١٩ - الاضطوار لا يبطل حق التبر (٣٣م/ف/٦٠٢)
- ٢٠ - إعمال - الكلام اولى من إعماله (٦٠م/ف/٦١٥)
- ٢١ - الامر اذا ضاق اتسع (١٨م/ف/٥٩٩)
- ٢٢ - الامر بالتصرف في ملك الغير باطل (٩٥م/ف/٦٥٤)
- ٢٣ - الامور بمقاصدها (٢م/ف/٥٧٢)
- ٢٤ - انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت (٤١م/ف/٦٠٦)
- ٢٥ - البقاء اسهل من الابتداء (٥٦م/ف/٦٣٢)

- ٢٦ - البيئة حجة متعديّة ، والاقراء حجة قاصرة ( ٦٦٧ف/٧٨م )
- ٢٧ - البيئة لاثبات خلاف الظاهر ، واليمين لابقاء الاصل ( ٦٦٨ف/٧٧م )
- ٢٨ - البيئة على المدعي واليمين على من انكر ( ٦٦٩ف/٧٦م )
- ٢٩ - التابع تابع ( ٦٣٦ف/٤٧م )
- ٣٠ - التابع لا يفرد بالحكم ( ٦٣٦ف/٤١م )
- ٣١ - تبدل سبب الملك كتبدل الذات ( م ٩٨ف/٦٤٤ )
- ٣٢ - التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ( ٦٦٢ف/٥٨م )
- ٣٣ - التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ( ٦١٢ف/٤٥م )
- ٣٤ - الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان ( م ٧٥ف/٦٢٦ )
- ٣٥ - الجواز الشرعي ينافي الضمان ( ٦٤٨ف/٩١م )
- ٣٦ - جنابة الصماء جبار ( ٦٦٠ف/٩٤م )
- ٣٧ - الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت او خاصة ( ٦٠٣ف/٣٢م )
- ٣٨ - الحقيقة تترك بدلالة العادة ( م ٤٠ف/٦٠٨ )
- ٣٩ - اغراج بالضمان ( م ٨٥ف/٦٤٩ )
- ٤٠ - درء المفاسد أولى من جلب المنافع ( م ٣٠ف/٥٩٤ )
- ٤١ - دليل النية في الامور الباطنة يقوم مقامه ( ٦٦٤ف/٦٨م )
- ٤٢ - ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله ( م ٦٣ف/٦١٩ )
- ٤٣ - الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود ( م ٥١ف/٦٢٤ )
- ٤٤ - السؤال معاد في الجواب ( ٦٢١ف/٦٦ )
- ٤٥ - الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف ( م ٢٧ف/٥٩٠ )
- ٤٦ - الضرر لا يزال بمثله ( ٥٨٨ف/٢٥ )
- ٤٧ - الضرر لا يكون قديماً ( م ٧٦ف/٥٩٧ )
- ٤٨ - الضرر يدفع بقدر الامكان ( م ٣١ف/٥٨٧ )
- ٤٩ - الضرر يزال ( م ٢٠ف/٥٨٨ )
- ٥٠ - الضرورات تبيح المحظورات ( ٦٠٠ف/٢١م )

- ٥١ - الضرورات تقدر بقدرها ( ٢٢م/ف٦٠١ )  
 ٥٢ - العادة محكمة ( ٣٦م/ف٦٠٤ )  
 ٥٣ - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ( ٣م/ف٥٧٣ )  
 ٥٤ - العبرة للغالب الشائع لا للنادر ( ٤٢م/ف٦٠٧ )  
 ٥٥ - الغرم بالغنم ( ٨٧م/ف٦٥٠ )  
 ٥٦ - قد يثبت الفرع دون الأصل ( ٨١م/ف٦٣٩ )  
 ٥٧ - القديم يترك على قدمه ( ٦م/ف٥٩٦ )  
 ٥٨ - الكتاب كإخطاب ( ٦٩م/ف٦٠٩ )  
 ٥٩ - لاجبة مع الاحتمال الناشئ عن دليل ( ٧٣م/ف٥٨٣ )  
 ٦٠ - لاجبة مع التناقض ، لكن لا يحتل معه حكم الحاكم ( ٨٠م/ف٦٧٠ )  
 ٦١ - لا ضرر ولا ضرار ( ١٩م/ف٥٨٦ )  
 ٦٢ - لأبرة بالظن البين خطؤه ( ٧٢م/ف٥٨٤ )  
 ٦٣ - لأبرة للتوم ( ٧٤م/ف٥٨٢ )  
 ٦٤ - لأبرة للدلالة في مقابلة التصريح ( ١٣م/ف٥٨٠ )  
 ٦٥ - لامساغ للاجتهاد في مورد النص ( ١٤م/ف٦٢٣ )  
 ٦٦ - لا يتم التبرع الا بالقبض ( ٥٧م/ف٦٤٣ )  
 ٦٧ - لا يجوز لأحد ان يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي ( ٩٧م/ف٦٥٥ )  
 ٦٨ - لا يجوز لأحد ان يتصرف في ملك غيره بلا إذنه ( ٩٦م/ف٦٥٤ )  
 ٦٩ - لا ينسب الى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان  
 بيان ( ٦٧م/ف٥٨١ )  
 ٧٠ - لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان ( ٣٩م/ف٦١٤ )  
 ٧١ - مائت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه ( ١٠م/ف٥٦٧ )  
 ٧٢ - مائت على خلاف القياس فقيره لا يقاس عليه ( ١٥م/ف٦٢٥ )  
 ٧٣ - ما جاز لعذر بطل زواله ( ٢٣م/ف٦٢٧ )  
 ٧٤ - ما حرم اخذه حرم اعطاؤه ( ٣٤م/ف٦٢٨ )



- ٧٥ - ماحرم فعله حرم طلبه ( ٦٢٩ف/٣٥م )  
 ٧٦ - المباشر ضامن وان لم يتعمد ( ٦٥٧ف/٩٢م )  
 ٧٧ - المتسبب لا يضمن الا بالتعمد ( ٦٥٨ف/٩٣م )  
 ٧٨ - المرء مؤاخذ باقواره ( ٦٦٥ف/٧٩م )  
 ٧٩ - المشقة تجلب التيسير ( ٥٩٨ف/١٧م )  
 ٨٠ - المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة

( ٦١٨ف/٦٤م )

- ٨١ - المعروف بين التجار كالشروط بينهم ( ٦١٣ف/٤٤م )  
 ٨٢ - المعروف عرفاً كالشروط شرطاً ( ٦١١ف/٤٣م )  
 ٨٣ - المعلق بالشروط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط ( ٦٤٥ف/٨٢م )  
 ٨٤ - المستنع عادة كالمستنع حقيقة ( ٥٨٥ف/٣٨م )  
 ٨٥ - من استعجل الشيء قبل اوانه عوقب بحزمه ( ٦٣٠ف/٩٩م )  
 ٨٦ - من سعى في نقض ما تم من جهته فسميه مردود عليه ( ٦٣١ف/١٠٠م )  
 ٨٧ - من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته ( ٦٣٥ف/٩٩م )  
 ٨٨ - المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة ( ٦٤٦ف/٨٤م )  
 ٨٩ - النعمة بقدر النعمة ، والنقمة بقدر النعمة ( ٦٥١ف/٨٨م )  
 ٩٠ - الوصف في الحاضر لقو ، وفي الغائب معتبر ( ٦٢٠ف/٦٥م )  
 ٩١ - الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة ( ٦٦١ف/٥٩م )  
 ٩٢ - يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام ( ٥٩٣ف/٢٦م )  
 ٩٣ - يختار اهون الشرين ( ٥٩١ف/٢٩م )  
 ٩٤ - يغاف الفعل الى الفاعل لا الأمر ، ما لم يكن مجبراً ( ٦٥٦ف/٨٩م )  
 ٩٥ - يفتقر في البقاء ما لا يفتقر في الابتداء ( ٦٣٣ف/٥٥م )  
 ٩٦ - نفتقر في التوابع ما لا يفتقر في غيرها ( ٦٣٧ف/٥٤م )  
 ٩٧ - يقبل قول المترجم مطلقاً ( ٦٦٣ف/٧١م )  
 ٩٨ - اليقين لا يزول بالشك ( ٥٧٤ف/٤م )  
 ٩٩ - يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان ( ٦٣٧ف/٨٣م )

## خاتمة

في ذكر قواعد اخرى بحسب الحافها بالفواهد السابقة

مرتبة على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها

٦٨٧- هناك بعض قواعد كلية أخرى جديدة بأن تلحق بالقواعد التسع والتسعين التي تقدم بيانها وشرحها ، جمعناها من مناسباتها المختلفة في الكتب الفقهية ، وبعضها عبارات مأثورة عن بعض كبار الأئمة الفقهاء خليفة بالتفصيل ، ومنها ما قد تقدم ذكره في مناسبات سلفت من هذا المدخل .

وقد رأينا أن نختم تلك القواعد السابقة بها فنذكرها سرّاً دون شرح إلا بعض تعليقات يسيرة أحياناً . مع الاحالة على أماكن وجودها في هذا المدخل أو سواء .

ونسردها فيما يلي مرتبة على ترتيب حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها ، تسليلاً لمراجعتها ، وهي :

٦٧٨- (١) الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ( ر: ف/ ٢٨٣ /  
والجمله / ١٤٥٣ ) .

٦٨٩- (٢) « الاصل في الأشياء الاباحه » .  
الأشياء ج ١ ص ٩٧ / وقواعد الحزاي في مسائل الحظر والاباحه

ص/٢٨٤/ ورد المختار ج١ ص/٧١ ج ٣ ص/٢٤٤ ( أول باب استيلاء الكفار ) وج٤ ص/١٧٦ ( أول باب الربا ) .

٦٩٠ — (٢) « الأصل في العقد رضى المتعاقدين ، ونتيجته هي ما التزماء بالتعاقد » .

من كلام شيخ الاسلام ابن تيمية . وقد تقدم في بحث « سلطان الارادة العقدية » ( ر : ف / ٢٣٧ ) .

ويقابل هذه القاعدة في الفقه الاجنبي المبدأ القانوني الذي جاءت به المادة /١١٣٤/ من القانون المدني الفرنسي القائلة : « الاتفاقات المعقودة على الوجه المشروع تقوم مقام القانون في حق عاقدتها » .

ويرعب عنه القانونيون العرب بقولهم « العقد شريعت المتعاقدين » . وبهذا النص جاءت المادة /١٤٨/ من القانون المدني السوري .

٦٩١ — (٤) « الأمين مصدق باليمين » ( ر : المجلة / ٧٧٤ ) :

٦٩٢ — (٥) « الانفاق بأمر القاضي كالانفاق بأمر المالك » ( ر : قواعد الحزاوي مسائل اللقطة ص ٢٨٢ )

وذلك كمن أنفق على اللقطة بأمر القاضي ، فلا يكون متبرعاً بل يحق له الرجوع على مالكتها متى ظهر .

وكذا المال المشترك القابل للقسمة اذا انفق عليه أحد الشركاء بأمر القاضي .

٦٩٣ — (٦) « انما يقبل قول الأمين في براءة نفسه لاني الزام غيره » .

( ر:م/١٧٧٤/ وقواعد الجزاوي في مسائل الوصايا ، ص/٣٣٥ )

٦٩٤ — (٧) « الباطل لا يقبل الاجازة » ( ف:٣٥٩ )

٦٩٥ — (٨) « التعليق على كائن تنجيز »

( ر:ف/٢٤٢/ وقواعد الجزاوي ، مسائل الوقف ، ص/٢٣٨ ) .

٦٩٦ — (٩) « الجهل بالاحكام في دار الاسلام ليس عذراً ،

فن باشر عملاً مدينياً أو جنائياً ، ثم أراد التخلص من المسؤولية بحجة جهله الحكم الشرعي المرتب على هذا الفعل فجهله لا يعفيه من النتائج المدنية — أي المالية — مطلقاً . أما النتائج الجزائية فللجهل فيها اذا تحقق تأثيره ضمن حدود تعرف في مواطنها من مباحث العقوبات .

وهذه أيضاً قاعدة تتبناها النظريات القانونية الحديثة ، فان من المقرر فيها أن الجهل بالقانون ليس عذراً ، لأن الرعية مكلف أن تعلم به بعد إعلانه ، وإلا لتذرع كل انسان بالجهل للتخلص من طائلة القانون . ويستثنى من هذه القاعدة ما اذا تكلم الانسان بما يكفر جاهلاً أنه مكفر ، فانه لا يحكم عليه بالكفر .

( ر : خاتمة « مجامع الحقائق » للخادمي ، وقواعد الجزاوي مسائل

التعزير ، ص/٣٢٢/ ومسائل السير — أي الجهاد — ص/٣٤٦ ) .

٦٩٧ — ( ١٠ ) « الحق لا يسقط بالتقادم » ( ر : م/١٦٧٤/ و

ف/١٠٢ ) .

٦٩٨ — ( ١١ ) « الحكم يدور مع علته »

فيثبت بثبوتها ، وينتفي بانتفائها ( ر : ف / ٥٠٢ و ٥٢٤ و ٥٢٨ ) .  
 هذه القاعدة كثيرة الدوران على السنة الفقهاء وأقلامهم في مقام التعليل  
 ( ر : رسالة « تعليل الاحكام » للاستاذ محمد مصطفى شلي ، ص / ٣٨  
 و ٤٢ و ٣١٠ )<sup>(١)</sup> .

### ٦٩٩ — ( ١٢ ) « خطأ القاضي في بيت المال »

( قواعد الخزاوي مسائل الحدود ، ص / ٣١٩ )

وذلك كما لو قضى القاضي بالقصاص وتم التنفيذ ، ثم تبين أن القاتل  
 غير المقضي عليه ، فيبت المال يضمن الدية ( ر : الدر المختار ورد المحتار )  
 وهذا مبدأ تبنته النظريات الحديثة في مسؤولية الدولة مدنياً عن  
 أخطاء عمالها في عملهم الحكومي ، اذا لم يتعمدوا الاساءة ، فان تعمدوا  
 كانوا هم الضامنين .

### ٧٠٠ — ( ١٣ ) « الحيانة لا تتجزأ »

فلأن الوصي على عدة تركت ، او المتولي على عدة أوقاف  
 خان في إحداها وجب عزله من جميعها ( ر : تنقيح الفتاوى  
 الحامدية ، الباب الثامن من الواقف ١ / ٢٠٤ ) .

### ٧٠١ ( ١٤ ) « شرط الواقف كص الشارع » .

( ١ ) هذه رسالة قال بها مؤلفها الفاضل درجة « استاذ في الفقه  
 الاسلامي » من كلية الشريعة في الازهر ، وطبعت في مطبعة الازهر سنة / ١٩٤٩ م  
 واطلعنا عليها في ختام الطبعة الثالثة من هذا المدخل فوجدناها رسالة قيمة من  
 خير ما يكتب في موضوعها الجليل .

(مجامع الحقائق وقواعد الجزاوي مسائل الوقف ص/ ٢١٤) .

وهذا التشبيه بنص الشارع انما هو من ناحيتين .

(١) أنه يتبع في فهم شرط الواقف وتفسيره القواعد الاصولية التي يجب تحكيمها في تفسير نص الشارع .

(٢) - أنه يجب احترامه وتنفيذه كوجوب العمل بنص الشارع ، لأنه صادر عن ارادة محترمة ، نظير الوصية .

وهذا ليس على اطلاقه فان شروط الواقفين ثلاثة أنواع

نوع باطل لا يعمل به ؛ ونوع صحيح محترم ولكن تجوز مخالفته عند الاقتضاء ؛ ونوع محترم مطلقاً لا تجوز مخالفته بحال . وهذا هو الذي تطبق عليه هذه القاعدة .

وقد أوضحنا هذه الأنواع الثلاثة وأمثلتها في كتابنا « أحكام الاوقاف » الجزء الاول ف/ ١٥١ - ١٦٥ / فليرجع اليه .

٧٠٢ - (١٥) « الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق »

وكذا قولهم « الاستصحاب يصلح للدفع لا للاستحقاق » فان الاستصحاب هو من قبيل الظاهر ( ر : ف / ٦٨٤ / والاشباه لابن نجيم ج١ ص/ ١٠٤ )

٧٠٣ - (١٦) « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » .

هذه القاعدة نص حديث نبوي كما تقدم ( ر : ف / ٤٧ و ٦٥٥ )

٧٠٤ - (١٧) « غرض الواقف مخصص لعموم كلامه » .

- ( قواعد الخزاوي ، مسائل الوقف ، ص / ٢٢٧ )
- «لستوفينا الكلام على غرض الواقف في كتابنا أحكام الاوقاف ،  
ف / ١٩٢ — ١٩٥ ( وانظر القاعدة المتقدمة ف / ٧٠٠ )
- ٧٠٥ — ( ١٨ ) « القول للقايض في مقدار المقبوض »
- ٨٠٦ — ( ١٩ ) « كل شرط يخالف أصول الشريعة باطل » .
- ( هذا معنى قوله عليه السلام « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » ( ر : ف / ٢١٥ ) .
- ٧٠٧ — ( ٢٠ ) « كل شهادة تضمنت جرم مغرم للشاهد أو دفع مغرم عنه ترد » ( قواعد الخزاوي ، مسائل الشهادات ص / ١٢٠ )
- ٧٠٨ — ( ٢١ ) « كل ما جاز بذله وتركه دون اشتراط فهو لازم بالشرط » .
- ( ابن القيم ، ر : ف / ٢٣٦ )
- ٧٠٩ — ( ٢٢ ) « كل مالك ملزم بنفقة مملوكه »
- ( قواعد الخزاوي ، مسائل القسمة ، ص / ١٦١ )
- ٧١٠ — ( ٢٣ ) « كل من أدى حقاً عن الغير بلا اذن أو ولاية فهو متبرع ، ما لم يكن مضطراً » .
- ( ر : قواعد الخزاوي ، مسائل الشركة : ص ٣٥٦ )
- ٧١١ — ( ٢٤ ) « لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت »
- ( الإمام أبو يوسف في كتاب الخراج . ر : ف / ٥٦٠ )

٧١٢ — (٢٥) « ليس لأحد تملك غيره بلا رضاه »

ولذا يرتد البراء وتبطل الهبة برد المدين والموهوب له ، ويبطل الوقف على شخص معين برد الموقوف عليه . وكذا الوصية اذا كان الرد بعد وفاة الموصي ( ر : ف / ٢٩٢ ) .

وهذا حكم التملك من قبل شخص : أما التملك بحكم الشرع فلا يشترط فيه الرضى ، كما في الارث والتولد من المملوك ( ر : ف / ١٠٧ ) .

٧١٣ — (٢٦) « ليس لعرق ظالم حق »

هذا جزء من حديث نبوي نصه : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » — رواه أبو داود والنسائي والترمذي ، ويحيى ابن آدم في كتاب « الخراج » ، وأبو عبيد القاسم بن سلام في بحث « احياء موات الأرض » من كتابه « الاموال » ( ر : الاموال ف ٧٠٢ / ص ٢٨٦ ) — . والعرق : هو أحد عروق الشجر ، ووصفه بالظلم مجاز ، والمراد ظلم صاحبه كما في النهاية لابن الاثير ، مادة « عرق » .

وهذا الحديث أساس في أن العدوان لا يكسب المعتدي حقاً ، فن غصب أرضاً فزرع فيها أو غرس أو بنى لا يستحق تملكها بالقيمة ، أو البقاء فيها بأجر المثل . ويقاس على الأرض غيرها من المقتوبات .

٧١٤ — (٢٧) « ما تشترط فيه عدة شرائط ينتفي بانقضاء احداها »

فلا يثبت الأمر المشروط ما لم توجد جميع شرائطه ( ر : ف / ١٤١ )

٧١٥ — (٢٨) « ما لم يتم الواجب إلا به فهو واجب » ( ر : ف / ٤٤٩ )



٧١٦ — (٢٩) « ماوجب أداؤه فبأي طريق حصل كان وفاء،

صيغة هذه القاعدة في تأسيس النظر للدبوسي ص ٦١/ هكذا :

« الاصل عندنا أن كل فعل استحق فعله على جهة بعينها، فعمل

أي وجه حصل كان من الوجه المستحق عليه ، كرد الوديعة

والغصب، ا هـ .

وقد صغناها نحن بالصيغة التي أثبتناها .

فلو أودع الغاصب المغضوب عند مالكة برىء . وكذا لو باعه اياه

بيعاً ، فينتقل حق المالك الى استرداد الثمن . وكذا لو غصب الوديعة

الوديعة أو المستعير العارية ثم رهنها عند المالك في مقابل قرض أخذه

منه ، فانهما ييران من الغصب

٧١٧ — (٣٠) « مقاطع الحقوق عند الشروط »

هذه كلمة تقدمت قالها عمر بن الخطاب ( ر : ف ٢٢٩ ) .

٧١٨ — (٣١) « الوكيل مع الاصيل كالشخص الواحد »

« قواعد الحزاي مسائل الدعوى ص ٨٧ »

٧١٩ — هذا آخر ما قصدنا الى وضعه في هذا الجزء الذي يتألف

منه ، المدخل الفقهي العام » ، قدتم والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

وهو الجزء الثاني من سلسلة « الفقه الاسلامي في توبه المجرم » .

ورجائي من الله سبحانه أن يوفقني لاتمام السلسلة في الاجزاء

التالية ، انه ولي التوفيق .

## الفهرس

(١)

### الفهرس التجدي للمباحث والمسائل

#### ملاحظات

- ١ - الأرقام في هذا الفهرس للفقرات لا للصفحات .
- ٢ - اعتبرت في الترتيب جميع حروف الكلمة من أصول وزوائد سوى أداة التعريف ، فاننا نهمّلها ونعتبر ما بعدها .
- ٣ - وضعنا الكلمات الاساسية في الحقل الابن ، ومتفرعاتها في الابسر مع الأرقام .
- ٤ - المباحث التي في الحاشية مميزة بوضع حرف ( ح ) عن شمال الرقم .
- ٥ - عند تعدد أرقام البحث نضع بين قوسين الأرقام الدالة على الموطن الأصلي للبحث المطلوب .
- ٦ - اذا وجد بعد أحد الأرقام عبارة موضوعة بين قوسين فعناه أن ما بين القوسين هو موضوع الفقرة ذات الرقم الذي قبل القوسين مباشرة .
- ٧ - أوردنا القواعد الكلية تحت اللفظ الاساسي فيها ، وميزنا كل قاعدة بنجم عن بينها .

الاباحة	الفرق بين الاباحة والتملك ١٢٩
	المباحات العامة والخاصة ١٢٩
( أ )	إحراز المباحات ( ١٠٢ - ١٠٣ ١٣١ ٤ ١٣١ ٤ ٣٤٥ ٤
	★ الأصل في الاشياء الاباحة ٦٨٧
الابراء	١٢٣ ٢٩٠٤ (عدم صحة اقالة الابراء) ٢٥٠ ٤١٣ ٤٢١ ٤٣٤
الابطال	ر : بطلان
	قابلية الابطال ٣٩٨ - ٤٠٠
ابن السبيل	٥٢ ح ٥٥
الاتفاق	ر : عقد و ٢٦٧
الاتلاف	٩٨
الاثر الرجعي	ر : استناد و ٤١٨ ٤٣٦ ٤٤٣
الاتراء بلا سبب	٣٥٨ ٩٨ ٩٤
الاجارة	١١ ١١٢ ١٢١ ١٢٤ ١٣٠ ١٥٢ ١٨٩ ١٩٢ ٣٠٣
	٣٤٤ ٣٦٥ ٤٩٧ ٥٠٦
	عقد الاجارة ( ١٧٤ ١٧٥ ٢٠١ ٢٧٠ ٣٠٥ ٣٥٥
	٣٧٢ - ٣٧٤ ٥٠٠ ٥٨٦ )
	اجارة الاراضي الزراعية ٥٨٦
	اجارة الحصة الشائعة ١٢٧
	اجارة الوقت ٦٦١
	فسخ الاجارة بالاعذار ( ٢٠١ ٥٨٦ )
	الاجارتين ٢٩٥

احكام الاجير ١١ ١٨ ١٤٨ ح ٢١٨ ( اشتراط الاجير  
العام عدم ضمان ما يتلف بعمله )

الاجازة ١٩٤ ٤٤٥ ٣٧٥ ٤٩٥ ٥٠٠ ٥١٥ ٥١٧

★ العقود الباطلة والفاسدة لا تقبل الاجازة ( ٣٩٥ ٣٨٤ ٦٩٤  
اجازة تصرفات الصغير ( ٤٣٦ ٤٤٤ ٤٧٤ )

(أ) ★ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ٦٩٢

الاجتنان ر : جنين وحمل و ( ٤١٤ - ٤١٦ ) ٤٢٢ ٤٢٤

الاجتهاد ر : رأي و ١٠ ح ٦١ ٦٢

اجتهاد الجمعة ٦٢

★ الاجتهاد لا ينقص بمثله ٦٢٤

اختلاف الاجتهادات وقيمته ( ٧٧ - ٨٠ )

اختلاف الاجتهادات في الشروط العقدية ٢١٧ ٢١٨

تعارض العرف والاجتهاد ( ٥٣١ ٥٣٣ )

تغير الاحكام الاجتهادية بتغير الزمان ( ٥٤٠ - ٥٥٤ )

اجتهاد الحاكم ٣٧ ح

★ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص ٦٢٣

الاجماع ٩٨ ٥٣٠ ح ٥٣٣

الاحتكار ٥٩٣

الاحتلام ٤١٤

الاحتال ★ لا حجة مع الاحتال النائم عن دليل ٥٨٣

احراز المباحات ر : الاباحة ( المباحات )

الاحوال الشخصية ١ ٢٦٨ ( العقود التي تدخل في زمرتها ) ٣٨٨ ٣٩٢

الاختصاص الحاجز ( في تعريف الملك ) ١٠١ ١٣٠

اختلال التنفيذ ( من عيوب الرضى ) ١٩٢ - ١٩٢/٥

الاختيار ١٠٤ ١٠٩ ١٨٤

الاخذ \* على اليد ما أخذت حتى ترده ٧١٠

الآداب ( زمرة من الاحكام الفقهية ) ١

( الآداب العامة ٢٩٥ ٢٩٦ ٣٥٦ ٣٨٨ ٣٩٠ ٣٩٣ )

الادعاء ر : دعوى و ٤٠٢

الاذن بالتصرف ( ٤٩٥ ٥٠٠ ٥١٥ )

( أ ) الاذن للصغير بالتصرف ( ١٣٦ - ٤٤٤ ٤٧١ )

\* لا يجوز لاحد أن يتصرف في ملك غيره بلا اذنه ٦٥٣ التاديب

عن الغير بلا اذنه تبرع ٦٩٧

الارادة العقدية ( ١٣١ ١٥١ ١٥٤ ١٦٢ ١٧٣ - ١٧٥ ) ٣٠٧

٤١٢ ٤١١

الارادة الظاهرة والحقية ( ١٧٣ ١٧٤ ١٧٦ ) ٦١٤

الارادة المنفردة ٣٦٨ ٥٠٠ ٥٠٥

تصرفات الارادة المنفردة غير اللازمة تفسخ بارادة

منشأ ٢٠٠ ٢٦١

حرية الازادة ( ٢٠٩ ٢١٣ )

سلطان الازادة ( ٢٠٩ - ٢٥٩ ) ٣٨٧ ٣٨٦ ٢٩٥

٣٩١ ٣٩٠

شوائب الازادة ( ١٨٣ - ١٩٢ / ٦ ) ٢٠٨ - ٢٠٦

٣٩٧ ٣١٣

ر : خلفية و ٢٨٦

الارث

ارث الجنين ٤١٧ ٤١٨

موانع الارث ٤٢١ ٤٣٠  
ارث المفقود والارث منه : ر : المفقود

١٠٦ ٣٢٧ ٤٢٣ الارش

ر : الشيوع ازالة الشيوع

١٣ ٢٢ ٢١٧ ٥٠٩ ٥٣١ الاستحسان

استحسان الاجماع ٢٠

استحسان السنة ٢٠

استحسان الضرورة ١٧ ٣٠ ٣١

الاستحسان القياسي ١٥ ١٦ ٣ ٣١

( أ )

١٩١ الاستحقاق

( الفرق بينه وبين الاذن المبحوز عليه ) ١٤١ الاستخدام

الاستصحاب المقارن ٦٨٨ الاستصحاب

★ الاصل بقاء ما كان على ما كان ٥٧٥

ر : المصالح المواصله و ( ٢٣ ٣٥ ) ٧٤ ٢٥٨ ٣٣٨ الاستصلاح

تعاضده مع العرف ( ٥٣١ ٥٣٣ - ٥٣٣ )

٧٤ ( ٢٠٢ ) ٢٦٩ ٣٨٦ ٤٨٤ ٤٨٩ ٥١٨ الاستصناع

★ من استعمل الشيء قبل اوانه عوقب بحرمانه ٦٣٠ الاستعمال

★ استعمال الناس حجة يجب العمل بها ٦٠٥

★ العبارة لغالبا الشائع لالنادر ٥٠٤ ( ٦٠٥ )

متى تسقط الحقوق بالسكوت ؟ ١٧٤ الاسقاط

الاسقاطات المحضة وتعليقها بالشروط ٢٥١ ٢٥٠

★ اذا سقط الاصل سقط الفرع ٦٣٨

★ الساقط لا يعود ٦٢٤

قابلية الحقوق للاسقاط ( ١٠٢ ١٢٣ ١٣١ ٦٤٢ ٧١٤ )

الاسم	الامم المستعار ١٨٠
الاستهلاك	ر : ملك و ١٠٥
الاستناد	ر : الاثر الرجعي و ٢٥٣
الاشارة	١٦٢ ١٥٨
	★ الاشارة المعهودة للآخرس كالبيان ٦١٠
الاشتراك	ر : شركة
الاشتراكية	( مذهب ) ٢٥٤
الاصل	( ٦٧١ ٢٧٢ ٦٧٣ )
	★ اذا سقط الاصل سقط الفرع ٦٣٨
( أ )	★ اذا تعذر الاصل يصار الى البدل ٦٤١
	تعارض الاصل مع دلالة الحال ٦٧٨
	★ قد يثبت الفرع دون الاصل ٦٣٩
الاضافة	اضافة العقد الى المستقبل ( ١٥٤ ٢٣٨ ٢٤٥ - ٢٤٩ )
	★ الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته ٥٧٩
	★ يضاف الفعل الى الفاعل لا الامر ٦٥٦
الاضطوار	اباحته للمضطورات ٥٩٨
	★ الاضطوار لا يبطل حق الغير ٦٠٢
الاطلاق	عقود الاطلاقات ( ٢٥٠ ٢٥١ )
	★ المطلق يجري على اطلاقه ٦١٨
الاعارة	٧٤١ ح ١١٢ ١٣٠ ١٩٩ ( ٢٧٦ ) ٥٠٦
	صفة الأمانة فيها ٢١٥ ٣٠٣
	عدم اللزوم فيها ١٢١ ١٢٢
الاعطاء	★ ما حرم أخذه حرم إعطاؤه ٦٢٨

٤٦٠	الاعفاء
القسمه تتكون من عنصرين : افراز ومبادلة ٢٧٨	الافراز
ر : تصرف	الافعال المدنية
ر : فسخ و ١٩٦ ( ٢٩٠ )	الاقالة
قابلية العقود للاقالة ( ٣٠١ ٢٦١ )	
عدم الاثر الرجعي : ر : الاستناد و ٢٦٣	الاقتصار
٦٣٩ ٥٩٥ ٥٨٣ ٥٤٠ ٥٠٠ ٤٩٣ ٤٠٢ ٣٥٧ ٣٤٤	الاقوار
اقرار الصغير ٤٢١ ٤٤٨ ٤٥٠ ٤٥٧	
★ الاقرار حبة قاصرة ١٦ ( ٦٨٤ ٦٦٧ )	
★ المرء مؤاخذ باقراره ٣٤٤ ٥٦٠ ح ٦٣١ ( ٦٦٥ ٦٣٩ )	( أ )
نجزؤ الاقار و عدمه ٥٩٥ ح	
١٠٤ ( ١٨٣ - ١٨٥ ٦٠٠ ٦٥٦ )	الاكراه
أثره في العقود ٢٠٥ ٢٠٧ ٢١٠ ٣٧٥ ٣٩٧ ٥٩٨	
٢٥٠ ( ٢٥١ ٢٥٠ ) ٤٠٥ ( ٤٠٧ ٤٠٩ ) ٥٤٠ ٥٠٠	الالتزام
أهلية الصغير للالتزام ( ٤٢٢ - ٤٢٧ )	
النظرية العامة للالتزامات ٩٠ ٩٨ ١٣٥	
مصادر الالتزام في الفقه الاجنبي ٩٠	
١٩٣ ١٩٥ ( ١٩٦ ٤٠٧ ) ٤٠٩ ( ٤٢٢ )	الالتزام
حقوق الجنين الإلزامية ٤١٦	
القوة الإلزامية في التشريع ( ٣٠٩ ٣٠٧ )	
القوة الإلزامية في العقود والشروط ( ٣٠١ ٢٣٠ ٢١٤ )	
نظرية عدم لزوم ١٨٣ - ١٩٥ ( ١٩٧ - ٢٠٨ )	
ر : قوينة و ٥٣٦ ٦٧٢	الأمانة



الامانة ر : عقد الامانة و ١٨ ( ٢٧٥ ٣٨٧ ٢٩٤ ٢١٥ ) ٢٢٤

★ الامين مصدق باليمين ٧٠٢

الامر ★ اما يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في الزام غيره ٧٠٣

★ يضاف الفعل الى الفاعل لا الامر بما لم يكن مجزأ ٦٥٦

الامور العارض ★ الاصل في الامور العارضة العدم ٥٧٧

الامتثال ح ٣٢٤

الانتفاع ر : حق وملك و ١٣٠

الانقضاء ر : عقد و ٣٨٥

الانفاق التزام المالك بنفقة مملوكه ٧٠٠

★ الانفاق بأمر القاضي كالانفاق بأمر المالك ٦٩٨

(أ) الانفساخ ر : فسخ و ( ٢٦١ - ٢٦٣ ) ٣٤٩

الاهلية ١٠٤ ٣٩٧ ( ١٠١ - ٤٧٤ )

اهلية الاداء ٤٠٦ ( ٤١١ - ٤١٤ ) ٤٢٠ ٤٣١ ٤٢٤

٤٢٨ ح ٤٧٤

اهلية الاداء الدينية ٤٣٠

اهلية الاداء المدنية ٤٣٠ ٤٣١

اهلية الاداء في الصغير المميز ٤٢٨ - ٤٤٢

اهلية الاداء في الراشد ٤٤٨ ١٥٠ ٤٥٢ ٤٥٣ ٤٥٨ ٤٥٩

اهلية التصرف : انظر اهلية الاداء و ٤٣٠ ٤٧٤

اهلية التعبد : ٤٣٠ ٤٧٤

اهلية الحمل ٤١٦ ٤١٧

اهلية العاقدين ( ١٤١ ١٦٥ )

اهلية الرجوع ( ٤٠٦ - ٤١٠ - ٤١٢ - ٤١٤ ) ٤١٦

اهلية الوجوب عند الطفل ( ٤٢٥ - ٤٢٠ )	٤٦٣ ٤٦١ ح
عوارض الاهلية ٤٠١ ( ٤٦٣ - ٤٦٠ )	
ر : تكليف و ٩٨	الايجاب
الايجاب والتبطل في تكوين العقد ( ١٠٤ ١٣٢ ١٣٣ ١٥٠ )	
١٩٦ ٤٢١ ٥٠٠	
شرائط الايجاب والتبطل ( ١٥٢ - ١٦٠ ١٧٠ ١٧١ )	
١٩٦ ٤٢١ ٥٠٠	
ر : اجارة و ٤٦٩ ٤٧٨ ح	الايجاب
( ١٩٩ ٢٧٥ ) ٤٣٢ ٤٩٧	الايداع
	(ب)

## ب

ر : غابة و ١٤٨	الباعث
٤٢٩ ٤١٣	البائع
١٦٨ ١٧٢ ١٨٥ ٢٩٦ ( ٣١٤ - ٣١٢ ) ٣٧٤ ٣٨٣	البطلان
( ٣٨٥ - ٤٠٠ ) ٤٠٢ ٤١١ ٤٢٤ ٤٣٣ ح	
نظرية البطلان العامة ( ٣٤١ - ٣٦١ )	
سبب البطلان ( ٣٤٧ ٣٤٦ )	
نتائج البطلان ( ٣٥٠ - ٣٦١ )	
البطلان المطلق والنسبي في الفقه الاجنبي ٣٩٦ - ٤٠٠	
★ اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه ٥٤٠	
★ البقاء اسهل من الابتداء ٦٣٢	البقاء
★ الأصل بقاء ما كان على ما كان ٥٧٥	
★ يقتدر في البقاء ما لا يقتدر في الابتداء ١٢٦ ١٢٧ ( ٦٣٣ )	

## البلوغ

٤١٢ ٤١٥ ٤١٣ ٤٢٦ ٤٣٠ ٤٣٦ ح ( ٤١٥ - ٤٤٩ )

٤٥٠ ح ٤٥١ ٤٥٧ ٤٧٤

دعوى البلوغ ٤٤٦

٥٢ ح ٤٢٥ ٤٥١ ٥٤٧

## بيت المال

## البيع

أحكام البيع ١١ ١٣٣ ١٥٢ ١٥٣ ١٦٠ ١٦٦ ١٦٨

١٧٥ ١٧٩ ١٩٢ ( ٢٦٩ ) ٢٧٤ ٣٠٣ - ٣٠٦ ٣٦١

٣٥٧ ٣٤٥ ٣٦٥

ضمان المبيع في البيع الباطل ( ٣٦١ ٣٥٨ ٣٥٧ ٣٥٥ ٣٥٤ )

## ( بدت )

فساد البيع ( ٣٧٢ - ٣٨٠ )

بيع الأموال المكتسبة : انظر الاحتكار

بيع المدين أمواله ٥٤٣

بيع الاستجرار ٢١٥ ٢٣٢

بيع التعاطي ١٣٦ ١٦٠ ١٦٢ ١٧٤ ٥٠٠

بيع التولية ٢٦٩

بيع السلم ٢٦٩ ٥١٨ ٦٠٣

بيع السلف ٥١٨ ح

بيع ضربة الفائض ٥١٢

بيع ضربة الفائض ٥١٢

بيع المريض ٢٦٩ ح

بيع الملامة ١٣٦ ١٦٨ ٣٦٥ ٥١٢

بيع الملاقيع ٢٩٦ ٣٦٥ ٥١٢

بيع المضامين ٢٩٦ ٣٦٥ ٥١٢

بيع الثمار المتلاحقة ٦٠٣

بيع المتأبذة	١٣٦ ١٦٨ ٣٦٥ ٥١٢
بيع الوفاء	٧٤ ٢٦٧ ٢٦٩ ( ٢٧٤ ٤٧٨ ٥٢٦ ) ٥٧٣
الوعد بالبيع	١٥٤
البينة	١٠ ح ٥٣٥ ٥٤٦ ( ٦٦٢ ٦٦٦ ٦٧٢ - ٦٧٥ )
	★ البينة حجة متعديّة والاقرار حجة قاصرة ٦٦٧ ٦٨٤
	★ البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ٤٧ ٦٢٣ ٦٦٩
	٦٧٧
	★ البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الأصل (٦٦٨)
	٦٧٦ ٦٧٧

(ت)

ت

التابع	★ التابع تابع ٦٣٤
	★ التابع لا يفرد بالحكم ٦٣٦
	يفتقر في التابع ما لا يفتقر في غيرها ٦٣٧
التبدل	★ تبدل سبب الملك كتبدل الذات ٦٤٤
التبوع	١٨ ( ٢٥٠ ٤٣٢ )
	★ لا يتم التبوع الا بالقبض ٦٤٣
التبعة	و . مسؤولية و ٤٠٢
التجارة	٤٣٧
التحكير	( في أراضي الوقف ) ٢٩٥
التحكيم	( ٢٨٥ ٢٠٠ )
	تحكيم الحال : ر : دلالة الحال
التحليف	٦٦٩

التحول	(نظرية تحول العقد) ٢٥٥
التخارج	ر : مخارحة
التخصيص	تخصيص النص العام بالعرف ( ٥١٨ ح ٥١٩ - ٥٢٠ - ٥٢٤ ) ٥٢٧ ٥٣٠ ح ٥٣٨ )
التخيير	ر : اطياف و ( ٣١٣ ، ٣١٤ ، ٣٨٥ ، ٣٩٩ )
التدليس	( ١٨٦ ، ١٨٧ ) ٢٩٦
التواضي	و : الرضى و ( ٢١٤ ح ) ٥٤٠
التركة	١٠٦

(ت) التسبب ★ المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد ٦٥٨

التصرف	١٠ ح ( ١٣١ ) ١٤٤ ١٤١ ( ٥١٣ ) ٤٧٤ تصرفات الصغير ( ٤٢١ - ٤٣٠ - ٤٣٦ - ٤٤١ - ٤٤٤ ) تصرفات الراشد ٤٨٨ ٤٥٠ ٤٥١ ٤٦٣ ح ) حرية تصرف الشخص في ملكه ( ١٠١ ١٢٤ ) سلطان العرف في نتائج التصرفات ٤٨٨ ( ٥٠٠ ٥٠٣ ) ٥٤٣ ( ٥٠٥ ) بطلان التصرف الفعلي والقولي ( ١٨٥ ٣٤٤ ٣٤٥ ) فساد التصرف ٢٦٨
--------	---

- ★ الامر بالتصرف في ملك الغير باطل ٦٥٤  
★ لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا اذنه ٦٥٤  
★ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ٦٦٢  
التصرف الفعلي ( ١٣١ ) ١٨٥ ٣٤٥ ٣٥٨ ٣٦٨  
التصرف الانشائي ٤٢١  
ر : التغير الفعلي و ١٨٩

التصرية

التضامن الاجتماعي ( مذهب ) ٢٥٤	
التضيق	ر : ضمان و ١٨ ح ٦٥٨
التطوير	تضيق الثمار : بيع الثمار و ٤٩٤
التعاطي	نظرية التطوير ( تطوير الاعيان من الحقوق ) ٦٤٤
التعدي	ر : بيع التعاطي ٩٨
التعذر	★ اذا تعذر الاصل يصار الى البدل ٦٤١
التعسف في استعمال الحق ( نظرية ) : ر : الحق	
التعزير	( ٣١٥ ٣٢٢ ٣٢٧ ٣٣٢ - ٣٤٠ ) ٤٩٢
( ت )	تحول القصاص الى التعزير عند العفو ٣٣٠
التعليق بالشرط : ر : الشرط التعليقي و ١٥٤ ٢٣٣ ٢٣٦ ٢٣٨ ٢٤٠ - ٢٤٣	
	قابلية العقود لتعليق ( ٢٤٩ ٢٥٢ )
★ التعليق على كائن متعين ٦٩٩	
★ المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط ٦٤٥	
التعهد	ر : التزام و ١٦٨ ح
التعويض	ر : تضيق ، و ١٠٦ و ٢٣٤
التغريب	١٢١ ١٢٢ ١٨٩ ١٩٩ ٦٥٤ ٦٥٦
	التغريب الفعلي ١٨٩
التغريم المالي	المعاقبة بالغرامة المالية ٢٣٣
التغير	( تغير الزمان ) : ر : الزمان
التفريق	طلب التفريق القضائي بين الزوجين ٤٣٧ ح ٥٤٥
التفويض	ر : نيابة وولاية ووكالة ٣٠٤ ٤٦٥
التقادم	( مرور الزمن ) ٢ ٢٨ ١٠٢ ١٤٣ ٣٦١
★ الحق لا يسقط بالتقادم ١٠٢ ٧١٤	

التعاقب	٣٠٦
التقوير	( في سنة الرسول عليه السلام ) ٧ ح
التقييد بالشروط	ر : الشروط التقييدي و ( ٢٣٨ ٢٤٤ ٢٤٦ ٢٤٩ )
التقييد بالنص وبالادلة	٦١٨
التكليف الشرعي	( ٤٤٥ ٤٣٠ )
مبدأ التكليف الشرعي بالبلوغ	( ٤٤٦ ٤٥٠ ح ٤٧٤ )
التلازم العقلي	٤٨١
التلجئة	ر : مواضع
( ت - ث )	
التملك	ر : ملك و ١٠٢ ١٠٧
التملك الجبري	١٠٥
★ ليس لأحد تملك غيره بلا رضاه	٧١٢
التمييز وعدمه	٤١٢ ٤١٣ ٤١٩ ٤٢٠ - ٤٢٨
التحزؤ	★ ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله ٦١٩
التناقض	★ لا حجة مع التناقض لكن لا يحتل معه حكم الحاكم ٦٧٠
التنجيز	ر : التعليق بالشروط و ٤٩٥
التنجيم	( النسيط ) ٤٠ ٥٠٠
التنفيذ	تنفيذ الالتزام ( ٣٠٦ ٣٣٧ ٣٧٨ ٣٨٦ ) ٤٠٥
	الاخلال بالتنفيذ ( من موجبات الخيار ) ( ١٨٦ ١٩٢ )
التنفيل	( تنفيل الامر في الحرب ) ٣١٢
توثيق الدين	ر : ضمان و ٧٩ ( ٢٧٣ ٣٠٤ ٣٠٦ )
التوقف في المقود	ر : نظرية عدم النفاذ ( ٣١٣ ٣١٤ ٣٤١ ٣٤٥ )
	( ٣٧٥ ٣٨٥ ٣٩٩ )
توقف حكم التقادم	٥٩٨

التولد من المملوك ر : المملوك و ١٠٧ ( ١٠٩ - )

التوم \* لا عبرة للتوم ٥٨٢

## ث

الثبوت \* الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان ٦٢٦

الثن ر : قيمة و ( ٢٦٩ ٢٧٤ ) ٣٧٩

تحديد الثمن بما ينقطع عليه السعر في الاجتهاد الحنبلي ٢٣٢

جهالة الثمن وسببها في فساد البيع ٣٩٢

التيب سكوتها عند استئجارها في الترويج ٥١٥

## ج

( ج-ج )

الجنابة مؤاخذه الطفل فيها ٤٢١ ٤٢٣

أحكامها : ر : المؤيد الترمذي ، والأرض ، والدية ، و ١٠٦

الجنون ر : مجنون و ٤٥١ ( ٤٦٠ ٤٦١ )

الجنين أهليته ٤٠٨ ( ٤١٢ ٤١٣ ٤١٦ ٤١٨ ٤٢٠ ) ٤٦٩

الولاية عليه ٤٦٩

الجنابة عليه ٦٣٦

حكم بيع جنين الدابة ٦٣

سببها في فساد العقود ٣٧٢ ٣٧٣ ٣٩٢

( من عوارض الأهلية ) ٤٦٣

الجهالة \* الجهل بالأحكام في دار الاسلام ليس عنراً ٧١٧



## ح

الحراة	( قطع الطريق ) ٣١٧
الحاجة	★ الحاجة تنزل منزلة الضرورة ٦٠٣
الحاجيات	( المصالح الحاجة ) ٢٦ ٢٥ ٢٠٩
الحبل	( من علائم البلوغ ) ٤٤٦ ح
الحجر	تعلقه بالأقوال دون الأفعال ٤٢٤
	الحجر الشرعي على القاصرين ( ٤١٩ - ٤٤٧ ٤٥٢ ٤٥٩ )
	حجر الصغير المأذون ٤٤٣
	الحجر القضائي على السفه ( ٤٤٨ ٤٥١ ٤٥٢ ٤٥٧ ح
	( ٤٥٨ ٤٥٩ )
( ح )	تقد القول بأن حجر المال لا يستلزم حجر التصرف
	( ٤٥٧ - ٤٥٥ )
الحدد	ر : المؤيد الترمي ، و ( ٣١٧ - ٣٢٢ ٣٣٠ ) ٣٥٣
الحديث	ر : سنة
	أهل الحديث ومدرسهم الفقهية وخلافهم مع أهل الرأي ٥٤ ٥٨
	مزابا الفقه الحنبلي جاءه من الحديث ٢٢٥
الحساب الجاهلي	ر : بيع الاستعجار ، و ٢٣٢ ح
الحسبة	( اعتماد القاضي على علمه في أمور الحسبة ) ٥٤٦
الحق	١٠١ ١٣٢
	حق الارتفاق ٥٠٠ ح
	حق الانتفاع ١٣٠
	حق التتعي ٣٨٩

الحق الخاص ٢٣٠

حق الرجوع ٩٨ ٦٥٦

الحق الشخصي ٢٥٦

الحق العام ٢٥٦ ٣٢١ ٣٢٢ ٣٣٠ ٣٣١ ٣٣٧

حق السلطان العام في العقوبة رغم العفو ٢٣٦ ٦٤٢

الحق العيني العقاري ٢٥٦

حق الغير : ر : التوقف و ( ١٠١ ١٩٤ ٢٠٠ ٣٠٠ )

٣٥٩ ( ٣١٣ )

تعلق حق الغير في العقد غير اللازم ٢٠٠

حقوق الله : ر : الحق العام ، و ( ٣٢٠ - ٣٢٢ )

الحقوق المكتسبة ( حمايتها ) ( ٣٨١ ٣٨٣ ٣٩٦ )

التصف في استعمال الحق ٩٦ ٤٩٧ ح ٥٩٢ ٦٣٠

★ (ح-خ) الاضرار لا يبطل حق الغير ٦٠٢

★ الحق لا يسقط بالتقادم ١٠٢ ٧١٤

★ لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت ٧١١

الحقيقة ( ٤٧٧ ٤٩٣ ٤٩٤ )

★ الحقيقة تترك بدلالة العادة ( ٤٩٣ ٦٠٨ )

★ الأصل في الكلام ٦١٦

★ إذا تعدت الحقيقة بصار الى المجاز ٦١٧

الحكم الشرعي . ( في أراضي الأوقاف ) ر : عقد التحكير

الحكم الشرعي . ر : الخطاب التشريعي ، و ٤٠٥ ٤٦١ ح ٥٥٦

★ الحكم يدور مع علته ٧٠٧

حكم الديانة وحكم القضاء . الفقه الاسلامي ( الاعتبار الدياني والقضائي فيه )

و ( ٦٥٥ ١٠٨ ١٠٢ ٤ - ٣ )	
حكومة العدل ر : الادش ، و ( ٤٢٣ ٣٢٧ ح )	
و : التحليف ، ولبيين	حلف
عدم جريان النيابة فيه ٤٦٥ ح	
و : الجنين ، والاجتنان ، والذمة ، والأهلية ، و ( ٤١٦ - ٤١٨ )	الحمل
نصب وصي على الحمل المستكن ٤٦٩	
٥٠٠ ( ٢٧٢ )	الحوالاة

## خ

٤٢٥ ( خيرية )	الخراج
★ الخراج بالضمان ٦٤٩	
و : التخصيص	الخصوص
ألفاظ الخصوص ٥١٠ ح	
الخصوص والعموم المطلق والوجهي في المنطق ١٣١ ٤٨٥ ح	( خ )
في الجنابات ٥٩٨	الخطأ
في العقود : ر : الخط و ١٨٨	
في عوارض الأهلية ٤٦٣	
★ خطأ القاضي في بيت المال ٧١٦	
اعطاب التشريعي : الحكم التشريعي ، ( ٤٠٤ ٤٠٥ ٤١٩ ٤٤٥ ٤٥٠ ح )	
( في استحقاق الشفعة ) ١٠٥ ح	الغليظ
( ١٠٨ ١٠٦ ١٠٢ )	الغلبة
حد شرها ، وتقوم مآلتها ( ٣٨٩ ٣١٧ )	الحزن
و : شواذب الاوادة ، و ١٩٦ ( ٢٠٦ - ٢٠٨ )	الغياور

خيار البلوغ	٣٠١
خيار التعيين	٣٧٢ ٢١٩
خيار الحياة	١٩٠
خيار الشرط	١١ ٣٠ ( ١٥٤ ) ٢٠٠ ( ٢١٩ )
	٣٦٠ ٣٩٨ ٥٢٦
خيار العيب	١٤٣ ( ١٨٧ ٢٠٦ ) ٣٦٠
خيار كشف الحال والكمية	٢٠٨
خيار المجلس	١٩٦
خيار النقد	١١ ( ١٩٢ ٢١٩ )
خيار الوصف	١٨٨
ر : خيار اطمئنان و ( ١٨٦ ١٩٠ )	اطمئنان
★ الحياة لا تتجزأ ٧٠٤	

## ( د )

ر : الالتزام ، و ٤٠٩	الدائنية
( ضريبة ) ٤٢٥	الدخل
( الكفالة بالدرك او ضمان الدرك ) ٢٧١	الدرك
( ٣٩٤ ٣٦٩ ٣٤٤ )	الدعوى
الدعوى البولصية ٥٤٣ ح	
انقضاء العقد بالدلالة ١٥٩	الدلالة
دلالة الحال في الاثبات القضائي ( ٦٧٢ - ٦٧٤ )	
★ لا عبوة للدلالة في مقابلة التصريح ٥٨٠	
مخالفة العرف للأدلة الشرعية ( ٥٠٧ ٥٠٨ )	الدليل

★ دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه ٦٤٤  
 الديانة ر : الفقه الاسلامي ( الحكم الدياني والقضائي فيه )  
 الدين (بالكسر) ( ٢ - ٤ )

مصدرته في التشريع ٣٧ ح ١١٣ ٣٨٩  
 الدين (بالفتح) ماله ١١٣ ٣٨٩  
 حوالة الدين ٢٧٢

حالة نفاذ دفع الدين لغير الدائن ٥٣٢  
 الدين المشترك ر : الشيوع ، و ١٦ ح ( ١١٥ ١١٦ ١٢٨ )  
 الدية ١٠٦ ٣٢٧ ٤١٨ ح ٤٢٣

( ذ - ر )

( سد النرائع ) ١٠٦ ٢١٧ ٥١٤ ٥٤٠ ٥٨٧ ٦٣٠  
 الذرائع  
 الذمة الكفالة ضم ذمة الى ذمة ٣٧١ ( ٤١٠ ٤١٧ ح ٤٢٤ )  
 ٤٢٥ ( ٤٢٣ )

اتحاد الذمة ( في انقضاء الالتزام ) ٣٦٥  
 ذمة الحل ٤١٧ ح ٤١٨  
 ★ الأصل براءة الذمة ٥٧٨  
 أهل الذمة ٤٤ ح

الرأي

( ٥٦ ٥٠ )  
 أهل الرأي ومدبرتهم البقية وخلافهم مع أهل الحديث  
 ( ٥٨ ٥٤ ) ٢٢٨

الربا	ر : المال و ( ٥١٤ ٥٢٨ ٥٢٩ ٦٢٨ )
الرجوع	ر : حق الرجوع ، و ٩٨
الرشد	٤٠٣ ح ٤٠٥ ٤١٢ ٤١٣ ٤٤٤ ( ٤٤٨ - ٤٥٩ ) ٤٦٥ ٤٧٣ سن الرشد ( ٤٥١ - ٤٥٩ ) دعوى الرشد واثباته ( ٤٥٥ - ٤٥٦ )
الرشوة	٢٢٨
الرضى	ر : القراض ، و ٢٠٩ ٢١٠
(ر-ز)	عيوب الرضى ( ١٧٦ ١٨٣ - ١٨٥ ٣٩٧ ) ★ الأصل في العقد رضى المتعاقدين ، ونتيجة ما التزمه بالتعاقد ٦٩٠
الرق	٤٦٠
الرقبة	ر : ملكية الرقبة
الرهن	١٨ ح ٧٩ ١٣٢ ( ١٦٦ ١٦٩ ٢٧٣ ) ٢٧٤ ٣٠٣ ٣٠٦ اشتراط أخذ رهن بالثمن ١٩٢ ٢٢٣ رهن الحصة الشائعة ١٢٤ ١٢٥ ١٢٧ ح الرهن المستعار ٧٤ ٩٨ فساد الرهن وبطلانه ٣٨٠ فسخ الرهن بمرادة المرتهن ٣٦١

## ز

الزاجر	( في المؤيدات التشريعية ) ٣٠٩
الزكاة	٣١١ ٤٢٦ ٥٠٥

الزمان (تغير الزمان) ٤٨٢ (٤٣٩ - ٥٥٣)  
 \* لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ٦١٤

الزنى ٣١٧ ٦٥٥

الزواج ر: النكاح

الزواج المدني ٢٩٩ ح

(س) س

السائبة ١٢٣ ٤٨٥

السؤال \* السؤال معاد في الجواب ٦٢١

السبب (١٣٩) ١٤٢ ١٤٣ ح

\* لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد الا بسبب شرعي ٦٥٥

السجل العقاري ٦٧ ١٢٥ ٢٠٠ ح ٣٤٥ ح ٣٨٣ ح ٥٥١

سد الذرائع ر: الذرائع

السرقة (حد السرقة) ٣١٧ ٣٢١ ح

السعر ر: الثمن ، والقيمة ، و ٢٣٢ ٣٧٩

جواز تسعير قيم الأشياء عند الاقتضاء ٥٩٣

السفر (في عوارض الاهلية) ٤٦٣

السفك (٤٤٨ ٤٥١ ٤٥٢ ٤٥٧ ح ٤٥٩ ٤٦٥)

سقوط الحقوق ر: الاسقاط

السكر (في عوارض الاهلية) ٤٦٥

السكوت سكوت البكر عند استئثارها في التزويج ١١ ٥٠٠

(٥٨١) ٥١٥

\* لا ينسب الى ساكت قول ١٧٤

\* السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان (١٧٢ ٥٨١)

السلطان	( الاوامر والنواهي السلطانية ) ومدى تأثيرها شرعاً في تغيير
	الاحكام وصحة العقود ٧٠ ٦٨٥
السلف أو السلم	ر : البيع ، و ( ٢٦٩ ٥١٨ )
سند الامور	( الكمبالة ) ٥٠٠
السنة	ر : حديث و ٧
( س - ش )	تعارض نصوص السنة مع العرف ( ٥٠٩ ٥٢١ )
الموكرة	ر : ضمان الاخطار
الموم	( موم الشراء ) ٣٥٤ ٣٦٥
السياسة الشرعية	ر : الاستصلاح ، والتعزير ، والدوائع ، ٣٣٨

## س

الشخصية الحكيمة	٣١٢
الشر	* يختار أهون الشرين ٥٩١
الشرب	حد الشرب : ر : الخمر و ٣١٧
	( حق الشرب ) تقومه وعيلته لتعاقد ٣٨٩
الشرط	ر : خيار الشرط و ( ١٤١ ١٤٤ ١٥٤ )
	الاخلاق بالشرط والتعاقدية ١٦٢
	الشرط التقيدي ٢١٧ ح ٢٢٣ ٢٣٨ ٢٤٤
	الشرط التقيدي ٢١٧ ح ٢٣٣ ٢٣٨ ٢٤٤ ٢٤٩ - ٢٥١
	الشرط التلقيني ( ١٤١ ١٤٢ ) ٢١٧ ح ٢٣٣
	( ٢٣٨ - ٢٤٣ )
	الشرط الجزائي ( ٢٣٤ ٢٣٨ ٣٩١ )
	الشرط الجعلي ( ١٤١ ٢٣٣ )



الشرط الشرعي ( الشريعة ) ( ١٤١ ١٤٤ )  
 الشرط الصحيح ( ٢١٩ ٢٢٠ ٢٥١ )  
 الشرط العقدي ( حرية الاشتراط والمذاهب فيها )  
 ( ٢١٥ - ٢٢٤ )  
 مزايا المذهب الحنبلي في حرية الاشتراط ( ٢٢٥ ٢٢٧ )  
 حرية الاشتراط في الفقه الاجنبي والقانون ( ٢٥٧ - ٢٥٩ ) ٣٨٦

( ش )

تأثير العرف في الشروط العقدية ٥٠٠ ٥٣٠ ح  
 الشرط المفسد ( ٢١٩ ٣٧١ ٣٧٦ ٣٨٢ ) ٣٩٤  
 موقف القانون من الشرط المفسد ٣٩٠  
 تأثير العرف في تصحيح الشرط المفسد ٥٢٦  
 الشرط الموقوف والفاسخ في الفقه الاجنبي ( ٢٥٧ - ٣٠٠ )  
 ★ كل شرط يخالف اصول الشريعة باطل ٦٩٠  
 ★ كل ما جاز بذله وتركه دون اشتراط فهو بالشرط لازم ٦٩١  
 ★ المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط ٦٤٥  
 ★ مقاطع الحقوق عند الشروط ٢٢٩ ٦٨٩  
 ★ يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان ٦٤٧

الشركة

عقد الشركة ١١٦ ( ٢٧٩ ٣٠٣ ٣٠٤ ٢٧٤ ٣٧٩ )  
 شركة المزارعة ( ٢٠١ ٣٧٤ )  
 شركة المساقاة ٣٧٤  
 شركة المضاربة ( ١٩٩ ٢٨٠ ٣٧٩ )  
 شركة الملك ( ١١٦ ٢٧٩ )

الشريعة الاسلامية صلوحتها مصدراً لتشريع الحديث ٨٥ ٨٦ ٩٧ ٣٤٠ ٥٤٠

اسبقيتها الى تقرير سلطان الارادة ورضائية العقود ٢١٠ ٢٢٥

تجردها عن العيب ٤٤٩ ٥٤٩

سماحة مبادئها وبناء أحكامها على دفع الحرج والمشقات ٦٧

٥١٢ ٥٥٣ ٥٩٨

الشفعة ٤٧ ح ( ١٠٥ ١١٦ ح ) ٢٦١ ٢٧٤

الشك \* اليقين لا يزول بالشك ٥٧٤

الشكلية ( في العقود ) ( ١٦٢ ٢٩٩ )

الشهادة ١٠ ح ٤٠٢ ٥٤٨ ٥٤٩ ٥٩٥

( ش - ص )

عدالة الشهود ١٠ ح ٥٤٨ ٥٨٢

قبول شهادة الامثل فالأمثل عند فساد الزمان ٥٤٨ ٥٨٢

الشهادة على النفي المحض ٦٨١

موانع الشهادة ٥٨٣

رجوع الشاهد عن الشهادة ٦٧٠

الشودي ١٠ ٦٢

الشيوع وأزالته ( ١١٤ - ١١٧ ) ٢٧٨

الشيوع في الديون ١١٥ ١٢٨

قابلية الحصة الشائعة للتصرف وعدم قابليتها ( ١٢٤ - ١٢٧ )

٣٧١ ٣٧٦

## ص

الصحة في العقود ( ٢٣٨ ٣٨٥ ) ٤٢٤

في التصرفات القولية والفعلية ( ٣٤٣ - ٣٤٥ )

الصفة	في حق الصغير ٤٢١ ٤٣٢ ٤٣٤
الصرف	١٨ ح ( ٢١١ )
الصغر	في عوارض الأهلية ٤٦٣
الصغير	ر : أهلية
	الصغير غير المميز ٤٠٨ ٤٠٢ ٣٤٧ ( ٤٢١ ٤١٩ )
	الصغير المأذون والمجبر ٤٤٢
	الصغير المميز ٤٢٩ ( ٤٣١ - ٤٤٤ )
الصفة الانسانية	( مناهة أهلية الوجوب ) ٤٠٥ ٤٠٨ ٤٦٣ ح
الصفة الدينية في الفقه ر :	الفقه الاسلامي و ٢٥٠ ٨١
	( ص — ض )
الصفة	( تفرق الصفة في شوائب الارادة ) ٩٢ / ٢
الصك	( اجتناب العرف في طريقة تحريره ) ٥٠٠
الصالح	١٠ ح ١٢٨ ح ( ٢٨٤ ) ٣٠٣ ٣٠٥ ٤٢٢
صحات الفتاة	( عند استنساخها في التزويج ) ١١ ٥١٥ ٥٠١
صوره النقد	١٧٦ ١٨٢

## ض

الضامن للتشريع ر :	المؤيد و ٣٠٩
★ لا ضرر ولا ضرار	٥٨٦
★ الضرر يدفع بقدر الامكان	٥٨٧
★ الضرر يزال	٥٨٨
★ الضرر لا يزال بثله	٥٨٩
★ الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف	٥٧٠
★ يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام	٥٩٣

★ الضرر لا يكون قديماً ٥٩٧

الضرورة الملجئة ٥٣٠ ح

★ الضرورات تبيح المحظورات ٥٩٥ ( ٦٠٠ ) ٦٠٣

★ الضرورات تلغى بقدرها ٦٠١

★ الحاجة تنزل منزلة الضرورة ٦٠٣

الضروريات ( من المصالح ) ( ٢٦ ٢٧ ٣٥ ) ٣٠٩ ٣٢١

الضريبة انظر : خراج ، ودخل و ٥٢

وجوب الضرائب في مال الطفل ٤٢٥ ٤٢٦

الضمان نظرية الضمانات ٩٨

عقود الضمان ٣٠٣

( ض - ط ) ضمان الوديعة وسائر الأمانات ١٧٤ ٢٧٥

ضمان المرهون والمبيع وفاة ٧٩ ٢٧٣ ٢٧٤ ٣٠٣

ضمان المبيع في البيع الباطل والفساد ٣٥٤ ٣٧٩

ضمان المأجور ٣٠٣ ٤٩٧

حكم اشتراط الضمان في العارية ٢١٥ ٢٢٤

ضمان الائتلاف ١٠٦ ٥٨٦ ٤٨٨ ٦٥٧

ضمان الاجير العام أو المشترك ١٨ ٢١٨

ضمان الطفل في أفعاله الضارة ٤٠٥ ٤١٣ ٤٢٤ ٤٣٨

ضمان العين المقصوبة ١٠٧ ٦٥٥

ضمان منافع المقصوب ٥٤٤ ٦٥٢

ضمان الدرك ٢٧١

ضمان الجنایات ٣٢١

ضمان الاخطار ( السوكره ) ٣٨٦

ضمان التعطل والاضرار بوجه عام ١٠٦ ٢٣٤ ٥٤٠

٦٥٨ ٦٤٨

★ الاجر والضمان لا يجتمعان ٦٥٢

★ الجواز الشرعي يتأفي الضمان ٦٤٨

★ الحراج بالضمان ٦٤٩

★ المباشر ضامن وان لم يعتمد ٦٥٧

★ المتسبب لا يضمن إلا بالاعتماد ٦٥٨

## ط

الطلب ★ ما حرم فعله حرم طلبه ٦٢٩

(ط-ظ-ع) الطلاق ٢٣١ ٥٠٠ ٥٢١ ٦١٩

الاكراه على الطلاق ١٨٥

تأثير العرف في لفظ الطلاق (٤٩٣ ٤٩٤ ٥٠٥)

تعليق الطلاق وانتقاده ٦٧ ح (٢٣٣) ٢٥٠

حكاية الطلاق ١٨٣ ح

طلاق الصغير والطلاق عليه ٤٣٢

طلاق الفرار ١٠٦ ح (٦٣٠)

الطفولة طوّر الطفولة في مراحل الاملية (٤١٥ ٤١٩ ٤٢٨)

## ظ

الظروف الطارئة ( نظرية ) ٩٦

ظاهر الحال ر : دلالة الحال ، والموجهات القضائية ، و ٥٣١

٦٧١ ٥٣٥

الظاهر الضعيف	٦٧٢ ٦٧٤ ٦٨٠
الظاهر القوي	٦٧٤ ٦٧٥ ٦٨٠
الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق	٦٧٤ ٧٠١
( مذهب )	١٢ ٥٦ ح
لا عبرة بالظن البين خلطه	٥٨٤
الظاهرية الظن	

## ع

و : الاستعمال ، و ( ٤٧٦ - ٤٨٥ )	٥٣٠ ٥٠٠
	٥٣٤ - ٣٨
أثر العادة في الأحكام	٤٩٧ ٥١٥
من تصح العادة عرفاً	٥٠٤
★ إما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت	٦٠٦
★ الحقيقة تترك بدلالة العادة	٤٩٣ ( ٦٠٨ )
★ العادة عكسة	٤٨٢ ٤٩٧ ( ٦٠٤ )
و : اعادة و	٤٩٧ ٥٠٠
عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك	٢٨٧ ح
١ ح ١٠ ح ٣٤ ح ١٣٨	
أهلية الاداء وأهلية التكليف في التعبد	( ٤٠٢ ٤٠٥ )
	٤١١ ٤١٣ ٤٢٦ ٤٤٥ ٤٧٤ ( )
أخذ الأجرة عن أعمال العبادات كالإمامة وغيرها	
	١٦٩ ٥٤٧
عدم تأثير الغزل فيه	١٨٢
( ٤٦٠ ٤٥١ )	
العقائ العتة	

★ جنابة المجاء جبار ٦٦٠	المجاء
وجوبها ولو كان النكاح باطلا ( ٣٦٠ ٣٥٣ ٢٩١ )	عدة المرأة
( من الشهود ) ر : الشهادة	العدل
تأثيره في الالتزامات : ر : الظروف الطارئة ، و ٢٠١	للعذر
★ الجهل بالاحكام في دار الاسلام ليس عذرا ٧١٧	
★ ما جاز لعذر بطل بزواله ٦٢٧	
٢٣٤	العربون
ر : العادة	العرف
تعريف العرف ومصدره وتقسيمه ( ٣٦ - ٤٠ )	
( ٤٨٣ - ٤٩٠ )	
سلطان العرف ( ٤٩١ - ٥٠٢ ٦٠٣ ٦١٣ )	
شروط اعتبار العرف ( ٥٠٣ ٥٠٨ )	(ع)
مخالفة العرف للأدلة الشرعية ( ٥٠٨ - ٥٣٣ )	
تأثيره في تصحيح الشروط الفاسدة وتقوم الأموال	
( ٢١٩ ٣٨٩ )	
القرائن العرفية ( ٥٣٥ - ٥٣٨ )	
الفرق بين العرف وتغير الزمان ( ٥٣٤ ٥٥٢ )	
العرف الخاص ٤٨٤ ٤٨٦ ٤٩٠	
العرف العام ٤٨٤ ٤٨٦ ٤٨٩	
العرف العملي ٤٨٤ ٤٨٦ ٤٨٨	
العرف التقضي ( ٤٨٤ - ٤٨٧ ) ٤٩٣	
العرف المشترك ٤٨٤	
★ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ٦١٢	

المعروف عرفاً كالتشروط شرطاً ٦١١	
المعروف بين التجار كالتشروط بينهم ٦١٣	
ليس لعرق ظالم حق ٧٠٩	العرق
( ضريبة ) تعلقه بأموال الصغير ٤٢٥	العشر
( من الورثة ) ٤٦٨	العصبة
معلومات عامة ولغة تاريخية عن العقد ( ١٣١ - ١٣٦ )	العقد
تعريف العقد ومصدره في الالتزامات ( ٩١ ٩٨	
١٠٤ ١٠٩ ح ١٣٢ - ١٣٥ )	
عيوب الرضا فيه : ر : عيب	
قوام العقد وصيغته ( ١٤٥ - ١٦٢ )	
محل العقد ( ١٣٣ ١٤٥ ١٤٧ ١٦٦ ) ٣٦٥ ٣٨٩	
مجلس العقد ١٦٩ ١٧١	
موضوع العقد ١٤٥ ١٤٨ ٣٦٥	
الشروط العامة لانعقاد العقود ( ١٦٤ - ١٧٢ )	
الارادة العقدية وشوائبها : ر : الارادة	
الآثار العامة للعقد ( الالتزام والنفاذ ) ( ١٩٣ - ٢٠٨ )	
الآثار الخاصة للعقد	
ترتيب آثار العقود عليها من عمل الشارع و ارادته	
٢١٥ - ٢١٧	
تقسيم وتصنيف العقود ( ٢٦٧ - ٣٠٦ )	
انحلال العقد ( الفسخ والانفساخ ) ( ٢٦٠ - ٢٦٣ )	
انقلاب العقد ٣٥٥	
تحويل العقد ٣٥٥	



- عقد الاذعان ١٦٠  
 عقد الامانة ٣٠٣  
 عقد التأمين ر : السوكوة و ٣٨٦  
 عقد التبرع ٣٠٢ ٤٣٢  
 عقد التحكير ( في الاراضي الموقوفة ) ٢٩٥  
 عقد الضمان ٣٠٣  
 العقد الفاسد وفسخه ٢٩٧ ٣٨١ ٣٨٢  
 العقد الفوري والمستمر ٢٦٢ ٣٠٥  
 العقد اللازم ٢٩٠  
 عقد النكاح ر : النكاح  
 العقود التبعية ٣٠٦  
 العقود الجبرية ١٠٥ ١٠٨ ٢١٠  
 العقود الشكلية والمطلقة ( الرضائية ) ٢٩٩ ٣٤٧  
 العقود الصحيحة ٢٩٧ ٣٨٥  
 العقود العينية ( ١٦٣ ٢٩٤ ٢٩٨ ) ٣٤٧  
 العقود المسماة وغير المسماة ( ٩٦ ٢٦٧ ٢٩٥ )  
 ٢٠٩ ٢٥٦  
 العقود المشروعة والمنوعة ٢٩٦  
 عقود المعاوضات ( ٣٠٤ ٣٠٥ ) ٣٧٢ ٣٧٤ ٤٣٥ ٥٠٠  
 العقود المنجزة والمعلقة ( ٢٣٨ ٢٤٥ )  
 العبارة في العقود المقاصد والمعاني ١٥٢ ٣٥٥ ( ٥٧٣ )  
 العقود التافئة والموقوفة ( ٣٠٠ ٣٨٥ )  
 المدخل الفقهي ( ٧١ ) - ١١٢١ -

العقوبات ر : المؤبدات و ١ ( ٣١٢ - ٣١٦ ) ٤٠٢ ٤٢١ ٤٢٣ ( ٥٨٦ )

علم القاضي اعتمد القاضي على الشخصي في أمور الحبس ٥٤٦  
العلة ١٤٠

الحكم يدور مع علته ٧٠٧

المعوق يده الشخصية والأهلية به ٤١٦

العهد ( في استحقاق النصاص ) ٣٢٦ ٣٢٤

( علاقته بضمان الأضرار ) ر : التسبب والمباشرة

العمري ١٢١

ألفاظ الصوم ٥٠٩ ح ٥٥٧ ح

العموم والخصوص المطلق والوجهي في المنطق ١٣١

٤٨٥ ح

الموض ( في عقود المعاوضة ) ر : السعر ، والقيمة ، والثمن ،

و ٤٠٠

في ضمان الأضرار : ر : الضمان والتضمين و ٤٢٣

عيب عيوب الرضى في العقد : الاكراه ، والحلافة بفروعها

( الحيانة والتناجش والتفريغ وتدليس العيب ) والغلط

( ع - ف ) ر : اختلال التنفيذ ١٨٣ - ٦/١٩٢

المعين ر : الملك و ١٠١

غ

القالب العبوة للقالب الشائع لا لتأخر ( ٦٠٥ ٥٠٤ )

القاية ١٤٠

القبن	الغابة النوعية في العقود ( ١٤٨ ١٤٩ ) تربيته وتقسيمه ( القبن اليسير والفاحش ) ٢/١٨٧ ح القبن بطريق الخلافة (حكمه في المعاوضات) ١٨٨ ١٨٦ القبن المجرى ( حكمه ومستثباته ) ١٨٩ ( في عقود الصغير والرقب ) ( ٤٣٦ ٤٤٤ ٦٣١ ) ( عقود القرض ) ٣٧٤
الغرم	ر : للتضييع و ١٠٦ الغرم بالغرم ٦٥٠
الغرة	( دية الجنين ) ٤١٨ ح
المص	ضمان المصوب ومنافعه : ر: الضمان، و ٤٢١ ٥٣٣ ٥٤٤ رد المصوب ومؤثرته ١١ ٥٤٦ ٥٤٧ ( ٧٠٩ ٧٠٥ ) ٧١٠ ( ملكية نتائج المصوب ١٠٧ ٦٣٦ )
الغلط	من عيوب الرضى في العقد ( ١٩١ - ١٢/١٩١ ) شرائط اعتباره ( الغلط الواضح وغير الواضح ) ( ٧/١٩١ - ٢/١٩١ ) صور مختلفة من الغلط ( الغلط في الشخص وفي القيمة وفي الحكم الشرعي ) ( ٨/١٩١ - ١١/١٩١ ) ( توزيع الغنائم الحربية ) ٥٢
الفنية	( ف )
الفتوى	( مهمتها وكتبتها ) ٦٧٤
الفردية	( مذهب في سلطان الارادة ) ٢٥٤
النوع	ر : الأصل

الفساد ١٦٨ ١٧٢ ١٨٥ ٢٠٤ ٢٠٧ ( ٣١٣ ٣١٤ ٣٤١ )

( ٣٤٧ ٣٦٢ - ٧٠٠ )

ر : الزمان

فساد الزمان

٢٥١ ٢٦١ ٢٦٣ ٣٠١ ٣٦٠

فسخ العقود

أسباب استحقاق الفسخ ( ٢٠٣ ٢٠٨ ٢٧٠ ٣٨١ )

الاستناد والاقتصار في الفسخ ٢٦٣ ٣٠٥

١١ ٣٠٠ ٥٠٠

الفضول

الفرق بين الفضول والوكالة ٣/١٩٤ ( النوع السابع )

١٩٤/٥ ١٩٤/٧ ٢٨٣

( ١ - ٥ )

الفقه الاسلامي

مصادره وترتيبها التاريخي والاعتباري ( ٥ - ١١ ٤٢ ٤٣ )

بده توسعه وأدوار تطوره ( ٤٤ - ٧٦ )

أصول الفقه ٥٩ ٥٥٩

الاعتبار الدياني والقضائي في الفقه الاسلامي ٣ ٤

١٠٢ ٦٥٥

مزية الصفة الدينية فيه ٤ ٨١ ٢١٠

علم الفقه المقلون ( أو خلاف الفقهاء ) ٥٦٤ ح

و : القضية

الفقيه

( ق )

و

ر : الاهلية ، و ( ٤٦ - ٤٦٦ )

القاصر

ضرورة التقنين وعدمها ٧٢

القانون

الجهل بالقانون ليس عذراً ٧١٧

حركة تعيد القواعد الفقهية وموقعها من أصول الشريعة

( ٥٥٦ - ٥٧١ )

القواعد الكلية في المجلة وغيرها ( ٥٧١ - ٧١٧ )

أساسيته في تمام العقود العينية : ر : للمعقود العينية و١٦٣

قبض المعقود عليه ونتائج في العقد الصحيح والفساد

والباطل ٢٤٤ ( ٣٤٥ ٣٥٤ ٣٥٨ ٣٧٨ ٣٧٩ )

القول للمقبوض في مقدار المقبوض ٧٠٦

( في تكوين العقد ) ر : الإيجاب

و : العمد والتقصاص و ٤٢١

القديم يتروك على قدمه ٥٩٦

الضرر لا يكون قديماً ٥٩٧

جرمته وحدته ٣١٧ ٣٢١

و : المضاربة

مصدره في التشريع الاسلامي ( ٤١ ٦ )

نماذج من النصوص الدستورية في القرآن ٤٧ ٤٨

مبادئ سلطان الارادة العقدية في القرآن والسنة

( ٢١٠ ٢١٦ )

أخذ الأجرة على تعليم القرآن ٥٤٧

( من عقود الضمان ) ( ١٦٣ ٢٨٧ ٣٠٣ ٣٠٥ )

٤٢١ ٤٢٢ ٢٢٤ ٤٣٢ .

القبض

القبول

القتل

القدم

التكديف

القراض

القوانين

القروض

(ق)

القرض والاقتراض في حق الغاصر ( ٤٢١ ٤٢٢ ٤٢٤ )

( ٦٦١ ٤٣٢ )

القريبة	افتراض الحيز عدداً ٥٢٨
	حاجة المجاز والكتابة الى القرينة (١٥٢ ٤٧٦ ٤٨٧ ٥١٧)
	القرينة في تحديد الارادة العقدية ٥١٨
	تخصيص النص التشريعي العام بالقرينة ٥١٨
	القرينة العرفية والعقلية ( ٥٣٤ - ٥٣٨ )
	القرينة القانونية والقضائية ٢٠
القسم	و : اليقين و ٥٢١ ح
القسم	و : افراز و ( ١١٦ ١٢٨ ١٧٨ ) ٥٨٧ ٥٨٨
القصاص	( ٣٢٣ - ٣٣١ ) ٥٨٦
القصد	و : القصد ، و ( ٤١١ - ٤١٣ )
القضاء	وصية عمر الى ابي موسى في طريقة القضاء ١٠
	قضاء القاضي بعله ٥٤٦
القود	و : القصاص
القول لمن ؟	٥٠٠ ح ٥٣٧
القياس	( ١٠ ٢١ ح ٧٩ ) ١٣٨
	القياس في سلطان الارادة والشروط العقدية ٢١٧
	ترك القياس بالعرف ( ٥٠٩ ٥٣١ - ٥٣٣ )
	تغير الاحكام القياسية بتغير الزمان ( ٥٣٩ - ٥٤١ )
	ماثبت على خلاف القياس لايقاس عليه ٦٢٥
	القياس الخاص والعام ٣٥
	القياس الحتمي ( الاستحسان القياسي ) ١٥
القيمة	و : ثمن ، وسعر و ١١٥ ح ٣٧٩ ٤٠٠

(ك - ل)

## ك

و : القرآن ، و ٢٣٦ ٢١٥	كتاب الله
( التعاقد بالكتابة ) ( ١٧٠ ١٦٢ ١٥٧ )	الكتابة
في القتل خطأ ٣٢٧	الكفارة
( ٣٠٦ ٢٧١ ) ٥٨٤ ٥٧٣	الكفالة
الكفالة بالدرك و : ضمان الدرك	
الكفالة بالنفس ( ٢٧١ ) ٦١٩ ٦٢٢	
إعمال الكلام أولى من إعماله ٦١٥	الكلام
الاصل في الكلام الحقيقة ٦١٦	
إذا تعذر إعمال الكلام يحمل ٦٢٢	
( من المصالح ) ( ٢٦ ) ٣٠٩ ٣٥	الكهاليات
و : سند الأمور	الكييالة

## ل

( في العقود ) و : ٣٨٥ - ٣٨١ ٣٠٢	الزوم
سلب الزوم : و : الرضى و ( ٢٠٣ - ٢٠٨ ٣٩٩ ٤٠٠ )	
( في انعقاد العقود ) ١٦٢ ١٦١	لسان الحال
( بين الزوجين ) ٣٢٠	اللعان
٦٧ ح ٦٩٨ ٦٤٨	اللقطة
الولاية عليه ٤٧١	اللقيط

(م)

## م

و : الاذن .	المأذون
-------------	---------

المؤلفة قلوبهم  
المؤيد

٥٢ ح .

ر : نظرية المؤيدات بوجه عام ( ٣٠٧ - ٤٠٠ )

المؤيد الترغبي والترهبي ٣١١ - ٣١٤

المؤيد التأديبي ٣١٢ - ٣١٤ ( ٣١٥ - ٣٤٠ )

المؤيد الحقوقي أو المدني : ر : البطلان ، والفساد ،

والتوقف ، والتخيير : ٣١٢ ٣١٤ ( ٣٤٠ - ٤٠٠ )

و : عين و ( ١٠١ )

المال

المال الربوي ١٨ ٥١٤ ٥٢٨

المال القيمي والمثلي ٣٥٤ ٣٥٨ ٦٤١

المال المتقوم ٣٨٩ ٣٩٣

المال المنقول وغير المنقول ١١١ ١١٦

( في القانون الروماني ) ١٣٦

١٠١ ( ١٤٣ ) .

المانسياسيو  
المانع

موانع الرجوع في الهبة ٢٠٠

إذا زال المانع عاد المنوع ( ١٤٣ ) ٢١٨ ( ٢٢٦ )

إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع ٥٩٥

ر : الإباحة

المباحات

المباشر ضامن وإن لم يتعمد ٦٥٧

المباشرة

إذا اجتمع المباشر والتسبب يضاف الحكم إلى المباشر ٦٥٩

( المبادئ الحقوقية ) ٥٥٦

المبدأ

متابعة الزوج لزوجها بعد قبض المهر ٥٤٥

المتابعة

« م »

يقبل قول المترجم مطلقاً ٦٦٣

المترجم



( ٤٧٢ ٤٧٤ ٦٦١ )	التولي
ر : اليتيم	مجلس الأيتام
ر : الجنون ، والأهلية ، والقاصر ، والتفريق بين	الجنون
الجنون وزوجه ، و ٤٣٢ ح ٣٤٧	
٤٦١	المحكوم عليه
٢٢٨	الخارجة
ر : الطلاق و ٤٣٢ ح	الحالة
ر : اليتيم	مديرية الأيتام
منع تهريب أمواله والحجر عليه ١٤٨ ٥٤٣ ٥٨٧	المدين
ر : الالتزام و ٤٠٩	الديونية
( المذاهب الأربعة ) ٥٨	المذهب
( عقدها وخيار الحياة فيها ) ١٩٠ ٣١١	المراجعة
٤٤٦	المراحم
في الإثبات القضائي ( ٦٧٢ - ٦٨٥ )	الموجبات
( في عوارض الأهلية ) ٤٦٠ ٤٦١	مرض الموت
ر : التقادم	موود الزمن
٦٤٤ ١١٦	المزاد
( ٢٨١ ٢٠١ ) ح ١٤٨	المزارعة
في الموارث ٢٢	المسألة المشتركة
٢٢٤	المساقاة
المسؤولية الشرعية عن الأفعال ٤٠٢ ٤٤٥ ٤٧٤ ٥٤٠	المسؤولية
مسؤولية الخطأ ٩٦	
نظريتنا المسؤولية الشخصية والمادية ٢٥٤ ح	

مسؤولية عدم التمييز ٩٦	(م)
المسؤولية المدنية ( المسؤولية بالمال ) ١٠٦، ٩٦ ( ب )	
٢٧١ ٢٧٢ ٤١٣ ٤٢٣ - ٤٢٦ ٤٥٢ - ٦٦٠	
مسؤولية الدولة عن خطأ عاملها ٧١٦	
المشقة تجلب التيسير ٥٩٨	المشقة
مصادر الثقة الاسلامي ( ٥ - ١٢ ) ١٣ ( ٣١ - ٣٥ )	المصدر
٣٧ ، ٣٩ ( ٤١ - ٤٣ )	
مصادر الالتزام : و الالتزام	
و : الاستصلاح ، ١٨ ح ٢٣ ٢٤ ٢٦ ١٤٠ ١٥٤	المصالح المرسلة
٤٥٧ ٥٢٢ ٥٨٧ ٦٣٠	
التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ٦٦٢	المصلحة
و : الشركة ، و ٢٢٣	المضاربة
١ ٣٠٧ ٤٨٨	المعاملات
عرف المعاملات المدنية ٤٨٨ ٤٩٩	
تحريم الغش في المعاملات ٥١٨ ح	
و : العقد ، و ( ٢٨٧ ٣٠٣ ٣٠٥ )	المعاوضة
قابلية عقود المعاوضة للشروط ٢٥٠ ٢٥١ ٢٢٦	
معروضات المولى ابي السعود مفتي الروم ٦٧ ح و ٥٤٣ ح	معروضات
و : المصالح المرسلة ، و ( ٢٤ ٢٥ ) ١٤٠ ٥٣٠	المفسدة
دره المفسد اولى من جلب المنافع ٥٣٩ ٥٤٠ ٥٨٦ ( ٥٩٤ )	
اذا تعارض مفسدتان روعي اعظمها ضرراً بارتكاب	
اخفها ٥٩٢	
عدة زوجته ٢٨ ٣٠	المفقود
حكم ارقه والارث منه ٦٧٤	

٤٩٤	( م ) المقاصرة
٢١١	المقايضة
الامور بقاصدها ( ٤٧٢ ) ٥٨٤	المقصد
المبرة في العقود للمقاصد والمعاني ١٥٢ ٣٥٥ ( ٥٧٣ )	
( الجمارك ) ر : الضريبة ، و ٤٢٥	المكوس
نظرية الملكية بوجه عام ( ١٠٠ ١٣٠ )	الملك
الملكية الادبية والصناعية ٣٨٦ ٣٨٩	
ملكية الأعيان أو الرقبة ( ١٠١ ١١١ ١١٩ ١٢١ ١١٣ )	
الملكية التامة والتاقصة ١١٢ ١٢٠	
ملكية الحقوق والديون ١٠١ ١١١	
أسباب الملكية وأنواعها ١٠٢ - ١١٣	
الملكية الشائعة وإزالة الشيوع ( ١١٤ ١١٧ ١٢٤ )	
خصائص الملكية ( ١١٨ - ١٢٨ )	
ملكية المنافع ١٠١ ١١١ ١١٩ ١٢١ ٢٧٦	
الفرق بين ملكية المنفعة وحق الانتفاع ١٣٠	
الملك المطلق ( جواز تقييده بالشروط ) ٢٣١	
الفرق بين الملك والمال ١١٣	
تبدل سبب الملك كتبدل الذات ٦٤٤	
من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته ٦٣٥	
المتنع عادة كالمتنع حقيقة ٥٨٥	المتنع
و : الولاية ، الوصاية ، والنيابة الشرعية ، و ( ٤٣٥ )	المبتل الشرعي
٤٣٦ ٤٤٢ - ٤٤٤ ٤٦٥ ( )	
التولد من المملوك من أسباب الملكية ( ١٠٧ - ١٠٩ )	المملوك

« من أين لك هذا ؟ » ( مبدأ محاسبة العمال على ثروتهم ) ٦٦٤ ح

( م - ن ) المتفعة ١٠١ ١١٣

دره الفاسد اولى من جلب المنافع ٥٣٩ ٥٤٠ ٥٩٤

منافع المصوب ، ( ضمانها وعدمه ) ٥٤٤ ٦٥٢

( قسمة المنافع في المشاع ) ١١٦ ١١٧

٢٢٩ ( ٢٩١ ) ٤٣٢ ٤٨٠ ( ٥١٢ )

حكم المهر في النكاح الباطل والفاسد ٣٦٨ ٣٥٣ ح

العرف في تجهيز الزوجة بمهرها ٤٨٤

خضوع المهر في تعجيله وتأجيله للعرف ٤٨٨ ٤٨٩

حكم الادعاء بجميع المهر بعد الدخول ٥٣٢

المواضعة أو للمواطأة ( ١٧٦ - ١٨٠ )

ر : الاوث

الميراث

## ن

العبرة للغالب الشائع لا للنادر ( ٥٠٤ ٦٠٥ )

( متولي الوقف ) ر : المتولي ، و ٤٩٤

٥٩٣ ٥٠٥

الجهة المفضية اليه تفسد العقد ٣٧٢ ٣٧٣ ٥٥٠

من الحقوق التي تثبت للبنتين ١٧٤

ثبوته في النكاح الفاسد ٣٦٨ ح

٥٠٥ ٥١٨ ح. ٥٢١ ٥٣٠

( في عوارض الاملية ) ٤٦٣

( حالة امتناعها في مخلوطة للأموال الربوية ) ٥١٤

النادر

الناظر

النذر

التزاع المشكل

النسب

النسخ

النسيان

النسيئة

نشوز الزوجة	٥١٢
من النقص العام	حكم مصادمته للعرف ( ٥٠٩ - ٥١٤ ) ٥١٩ ٥٢٠
النقص العام	حكم معارضته للعرف ( ٥٠٩ - ٥١٦ - ٥٢١ )
النظام العام	و : الحق العام ، وحقوق الله ٢٥٦ ٢٥٨ ٢٩٥
النعمة	٢٩٦ ٣٨٨ ٣٩٠ ٣٩٣ ٤٢١ ح ٥١١
النفاذ	النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة ٦٥١
	من الآثار العامة للعقود ( ١٩٣ ١٩٤ ٣٧٥ ) ٣٨٥
	( نظرية عدم النفاذ ) و : التوقف ١٩٤ ٣٤١
	٣٩٩ ٣٤٥
	نفاذ تصرفات الممثل الشرعي على الفاعل ٤٦٦
	نفاذ تصرفات الوكيل على الموكل ٢٨٣
النفاس	في عوارض الاهلية ٤٦٣
النفقة	وجوب نفقة الأقارب في مال الجنين عند الحنابلة ٤١٨ ح
	وجوب نفقة الأقارب والزوجة في مال الطفل ٤١٣ ح ٤٢٥
	تأثير العرف في تحديد مقدار النفقة ٤٩٧
النقص	من سعى في نقض ماتم من جهته فسيح مردود عليه ٦٣١
النكاح	عقد و آثاره ١١ ( ١٣٦ ١٧٤ ١٨٥ ٢١٠ ٢١٥ )
	( ٢٩٩ ٥٠٠ )
	أحكامه وآثاره من النظام العام ( مدى سلطة العاقدین )
	على تعديلها شرعاً وقانوناً ( ٢١٥ ٢١٩ - ٢٣٠ ٢٥٦ )
	التحقيق في تعيين محله وموضوعه ١٤٨ ح
	عدم جريان التعاطي والصورية فيه وحكمة ذلك ( ١٦٠ )
	( ١٨٢ ١٨٣ ح )

عدم قابليته للاقالة ( ٢٣٠ ٣٠١ )

« نـ » الاشتراطات العقدية فيه وموقف الاجتهادات الاسلامية

والفقه الاجنبي منها ( ٢١٩ ٢٢٢ ٣٢٨ ٢٣٠ ٢٣٣ )

٢٥٠ ٢٥١ ٢٥٦

البطلان والفساد فيه ونتائجها ( ٣٤٧ ٣٤٨ ٣٥٣ )

( ٣٦٠ ٣٦٨ ٣٩٤ )

نكاح الشغار ٥١٢

النكول عن اليقين من المثبتات القضائية ٦٧٥

النوم في عوارض الاهلية ٤٦٠

النياحة الشرعية و . المثل الشرعي ، والولاية والوصاية ، و ٤٦٤

النياحة الاجبارية والاختيارية ٤٦٥

النية عدم الانعقاد بمجرد النية ( ١٦٢ ح ١٧٤ ح )



الهبة مقدمها وعينته وشرائطه ( ١٦٣ ٢٧٧ ٣٠٥ ٣٤٥ )

( ٣٥٨ )

هبة الحصة الشائعة ( ١٢٤ ١٢٦ )

عدم اللزوم وموانع الرجوع فيها ٢٠٠

حكم الهبة للعمل ، والهبة للقاصر ومنه ( ٤٠٣ ٤١٣ )

( ٤١٧ ٤٢١ ٤٢٢ ٤٣٢ ٤٣٤ ٤٦٩ )

انقلاب البيع هبة والهبة بيعاً ( ٣٥٥ ٥٧٣ ٦١٦ )

( في التصرفات القولية ) ( ١٨١ ١٨٢ ٤٦٢ )

( تبة الملاك ) و . الضمان ، و ٩٣

المزول

الملاك

(و)

و

الواجب

حكم أخذ الأجرة على فعل الواجبات ١٦٩ ٥٤٧

ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ٧٠٨

الوديعة

و : الإيداع ، و ٤٢١ ٤٢٤

الوصاية

حكم اختلاف الوديع والمودع في ردها ٦٧٧ ٦٨٣

عقد الوصاية وصفته ( ٢٩٣ ٣٠٣ )

الوصف

انشاء الوصاية وانقضاؤها ٤٤٨ ٤٥٢ ٤٥٩ ٤٦٨

خيار الوصف ١٨٨

الوصي

الوصف في الحاضر لقو ، وفي الغائب معتبر ٦٢٠

١١ ٤٦٨ ٤٧٢

نيابة عن القاصر وسلطته ٤٢١ ٤٢٦ ٤٣٤ ٤٣٥

٤٦٨ ٤٧١ ٤٧٣

تحديد سلطة الأوصياء في نظام الأيتام ٤٧١ ح

الوصي المختار ووصي القاضي ٤٦٨

الوصية

١١٢ ١١٩ ١٢١ ١٣٠ ١٦٣ ٢٠٠ ( ٢٤٥ )

٢٥١ ٢٩٢ ( ٤٩٤ ٥٠٥ )

استغناؤها عن القبول الصريح ومتى يصح ردها ١٧١

مواطن القياس وخلاف القياس فيها ( ١١ ٦٢٥ )

الوصية للجنين ( ٤١٨ ٤١٧ )

وصية الصغير المميز ٤٣٣ ٤٥٠ ح

( من أنواع البيع ) ٢٦٩

الوضيعة

الوعد بالبيع : و : البيع ، و ٦٤٦

الوعد

المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة ٦٤٦

(و)

الوفاء

بيع الوفاء د : البيع

ما وجب أدائه فبأي طريق حصل كان وفاء ٧٠٥

الوقف

١١ ١١٢ ١١٩ ١٣٠ ١٧١ ٤٣٢ ٤٩٤ ٥٠٥

٦١٦ ٦١٧

مأية الوقف (اسقاط أم تبرع ؟) وشخصيته الاعتبارية ١٢٣

وقف المنقولات ( ٤٧٨ ٦٣٧ )

بيع مال الوقف وحكم الفين في حقوقه ( ١٦٦ ١٨٩ )

الوقف على الجنين ( ٤١٧ ٤١٨ )

شرط الواقف كنس الشارع ٦٩٤

غرض الواقف مخصص لمعوم كلامه ٦٩٥

وقف المدين : ٦٧ ح ٥٤٣

الوكالة

٢٠٠ ( ٢٨٣ ٣٠٣ ) ٣٠٥

أنز العرف في تقييد الوكالة ( ٤٦٥ ٤٩٧ )

قبول الصغير للوكالة نفع محض لا يتوقف على إذن الولي ٣٤٤

وجوب علم الوكيل بعزله لكي ينعزل ٤٤٤ ح ( ٥٩٨ )

الوكيل مع الأصيل كالشخص الواحد ٦٩٦

الولاء

( حق المعتق في الولاء ) ١٠ ح ٢١٥ ح

الولاية

الولاية الشخصية والولاية الشرعية في شرائط العقد ٦٧

الولاية الناشئة عن نقص الأهلية : و : الممثل الشرعي

والنيابة الشرعية ، و ١٠١ ( ٤٦٤ - ٤٧٤ )

ولاية بط القرعة ( أو العملية الجراحية ) ٤٧٠ ح

الولاية على المال ٤٤٨ ٤٥٠ ح ٤٥١ ٤٦٧ ٤٦٨

٤٧٣

( ي )

الولاية على النفس ٤٣٥ ح ٤٤٨ ح ٤٥٠ ح ٤٦٧ ح ٨



التحرر من الولاية بالرشد ٤٤٨ ٤٥٠ ٤٥٢ ٤٥٩  
 للفرق بين موضوع الولاية والوصاية ٤٦٨  
 الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ( ١٧٢ ٦٦١ )  
 والممثل الشرعي، والنيابة الشرعية، والولاية ، و ٤٢١  
 ( ٤٦٥ ٤٦٦ ٤٦٨ ٤٧١ ٤٧٢ )

الولي

( و - ي )

توقف تصرفات القاصر وعدم توقفها على اذن الولي  
 ٤٣٥ ٤٣٤  
 من زمر التصرفات (قابليتها للشروط العقدية) ٢٥١ ٢٥٠

الولايات

## ي

اليتيم  
 مجلس الأيتام ٢٩٣  
 مديرية الأيتام ٤٥٥ ٤٥٦  
 اليقين لا يزول بالشك ٥٧٤  
 اليمين  
 د : الحلف ، والقسم ، واليمين ، و ١٠٤ ح ٥١٢ ٥٣٧  
 ٦٢٩ ٦٧٩  
 اليمين القموس ٥٢١ ح  
 اليمين المتعددة ٤٩٣ ٤٩٧  
 مبدأ وجوب اليمين على المنكر ، ومستثنياته ٦٦٩

## (٢)

### فهرس الأعلام

لأهم الأشخاص الذين ورد ذكرهم في هذا المدخل بمناسبة رأي لهم أو مادة  
على ترتيب أوائل أسمائهم المشهورة من علم أو كنية أو لقب

#### الفقرة

- ٥٦ ابن حزم - نفيه جواز القياس في الشريعة  
٧٩ ابن شبرمة الكوفي عبد الله - رأيه في مسألة الدنانير الثلاثة  
٢٢٠ - رأيه في سلطان الارادة العقدية  
٦١ ابن المقفع عبد الله اشارته على أبي جعفر المنصور بتقنين الأحكام الاجتهادية  
٥٨ أبو حنيفة النعمان بن ثابت - امام المذهب الحنفي  
٧٩ - مخالفته ابن شبرمة في قياس مسألة الدنانير الثلاثة  
أبو السعود محمد بن محمد المهادي مفتي الروم - فتواه بعدم نفاذ وقف  
المدين وبطلان بيع عبيد العسكرية الأتقيين  
٦٧ - ترجمته ومعرضاته الشهيرة  
٥٤٣ أبوطاهر محمد بن محمد الدباس أول من جمع أهم القواعد الكلية في المذهب الحنفي  
٥٦٢ أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم صاحب أبي حنيفة  
٥٨ - قوله في كتاب « الحراج » : لا ينزع  
٥٦٠ شيء من يد أحد الا بحق ثابت معروف  
٥٨ أحمد بن حنبل امام المذهب الحنبل  
٢٢٠ - رأيه في سلطان الارادة العقدية

أحمد الزرقاء ( والد المؤلف ) - مزية شرحه للقواعد الكلية  
الأوزاعي الامام عبد الرحمن بن عمرو - فتواه بعدم جواز قتل

رهائن المحاربين ولو غدروا

حبان بن منتقد - شكايته للنبي ( ﷺ ) من غبنه في الشراء  
الحادمي محمد أبو سعيد - استقصاؤه القواعد الكلية وترتيبها

على حروف المعجم

داوود الظاهري - صاحب مذهب الظاهريين ، نفيه جواز

القياس في الشريعة

الدبوسي أبو زيد عبيد الله بن عمر - صاحب كتاب « تأسيس

النظر » وأول من أسس علم الفقه المقارن

زفر بن الهذيل - رأيه في أن الإكراه ينفذ العقد ولا يفسده

د - رأيه في إجبار المشتري الراهن على تسليم الرهن

إذا امتنع

زيد بن علي زين العابدين - امام فقه الزيدية وصاحب نسبتهم

شريع القاضي - رأيه في سلطان الارادة العقدية

د - قوله في إعمال شرط ( العربون الشرط الجزائي )

عائشة أم المؤمنين - وصفها سياسة التشريع الاسلامي

علي بن أبي طالب - احداث السجون

د - أخذها بحق الشرع في التأديب رغم عفو المجني عليه

عرب بن الخطاب - منعه خروج الصحابة من المدينة ليتمكن من مشاورتهم

د - كتابه في القضاء الى أبي موسى الأشعري

د - رأيه في المسألة المشتركة

د - انشاؤه الدواوين وتحليله زواج زوجة المفقود

بعد مضي أربع سنوات

## الفقرة

- مر بن الخطاب - منعه تقسيم أراضي سواد العراق ومصر ، ومنعه عن  
أشخاص ما كانوا يأخذونه من سهم المؤلفة قلوبهم ،  
٥٢ ووقفه تنفيذ حد السرقة عام الجماعة  
٦٢ - لجوؤه الى الشورى في المشكلات  
٢٢٩ - إعماله الشرط في النكاح وقوله بمقاطع الحقوق عند الشروط  
٢٣٤ اقراره شرط العربون  
- عملة بزيادة التعزير عن الحد عند الحاجة ، وضربه  
٣٣٤ معن بن زائدة لتزويره خاتم امين بيت المال  
- محاسبة عماله على غشام ومصادرته فضل أموالهم  
إذا لم يعرف لها مصدر ( مبدأ من أين لك هذا ؟ ) ٦٦٤ ح  
مر بن عبد العزيز - أمره بمحاكمة الجيش الإسلامي الفاتح والقضاء  
بمخروجه من سمرقند  
٤٤ - استحسنه اختلاف الفقهاء في الرأي  
٧٧ الكرخي أبو الحسن عبيد الله - أول من جمع القواعد في رسالة  
٥٦٢ الليث بن سعد - رأيه في عقوبة القاتل إذا عفا عنه ولي القصاص  
٣٣٩ مالك بن أنس الاصمعي - إمام المذهب المالكي  
٥٨ محمد بن إدريس الشافعي - إمام المذهب الشافعي  
٥٨ - رأيه في إنكار الاستحسان والاستصلاح  
٣/٣٠ محمد بن الحسن الشيباني - تلميذ الامام الأعظم أبي حنيفة  
٥٨ محمود الجزاوي - آخر من جمع القواعد الى يومنا  
٥٦٧ معاذ بن جبل - اعتماده على الرأي الاجتهادي في القضاء واقرار  
الرسول (ﷺ) طريقته  
٤٢ ح معاذ بن جبل - رأيه في توزيع أراضي العراق  
٥٢ ح نجم الدين عمر النسفي - رأيه في بيع الرفاة  
٧٤ ح - شرحه قواعد الامام الكرخي  
٥٦٣

## (٣)

### بيان اهم المراجع والمؤلفات

التي نقلنا عنها في هذا المدخل او أحلنا عليها فيه <sup>(١)</sup>

#### (١) - اقرآنه الكريم ونخاسره

- ١ - أحكام القرآن - لأبي بكر احمد الجصاص الرازي الحنفي (٣٧٠) . هـ
- ٢ - أحكام القرآن - لأبي بكر محمد بن العربي المالكي (٥٤٣) . هـ
- ٣ - تفسير القرآن - لعلي الدين اسماعيل بن كثير (٧٤٤) . هـ
- ٤ - الكشاف - لمحمود بن عمر الزمخشري (٣٥٨) . هـ
- ٥ - مفاتيح الغيب ( التفسير الكبير ) - لفخر الدين محمد الرازي (٦٠٦) . هـ

#### (٢) - كتب الحديث النبوي وسرومه

- ٦ - أقضية رسول الله (ﷺ) - لمحمد بن فرج القرطبي المالكي .
- ٧ - التوقيف والتوقيب - للمحافظ عبد العظيم المنذري (٦٥٦) . هـ
- ٨ - جامع الصحيح ( صحيح البخاري ) - للإمام محمد بن اسماعيل البخاري (٢٥٦) . هـ

---

(١) - صنفنا هذه المراجع الى ١٣/ زمرة بحسب موضوعاتها، ورتبنا كتب كل زمرة بحسب اوائل اسمائها ، الا ما كان شرحاً لغيره فاتبعناه به .  
والرغم الذي يلي الاسم بين قوسين هو لسنة وفاة المؤلف بالتاريخ الهجري .

٩ - مدة القاري شرح صحيح البخاري - لبد الدين محمود العيني الحنفي  
( ٨٥٥ ) . ٥

١٠ - فتح الباري شرح صحيح البخاري - لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني  
( ٨٧٢ ) . ٥

١١ - جامع الصحيح ( صحيح مسلم ) - للامام مسلم بن الحجاج القشيري  
( ٢٦١ ) . ٥

١٢ - الجامع الصغير - لجلال الدين السيوطي ( ٩١١ ) . ٥  
وشرحه فيض القدير لمحمد عبد الرؤوف المناوي .

( ١٣ - ١٦ ) كتب السنن الأربعة - لأبي داود، والترمذي، والنسائي،  
وابن ماجه .

١٧ - الموطأ - للامام مالك بن أنس الأصبحي امام المذهب المالكي ( ١٧٩ ) . ٥  
وشرحه تنوير الحوالك - لجلال الدين السيوطي .

١٨ - نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية - لجمال الدين عبد الله بن  
يوسف الزيلعي ( ٧٦٢ ) . ٥

١٩ - رياض الصالحين - للامام الحافظ يحيى بن شرف النووي ( ٦٧١ ) . ٥

### ٣ - كتب أصول الفقه

٢٠ - أصول الامام فخر الاسلام البزدوي الحنفي - ( ٤٨١ ) . ٥

٢١ - شرحه كشف الاسرار - للشيخ عبد العزيز البخاري ( ٧٣٥ ) . ٥

٢٢ - أصول الفقه للشيخ محمد الحضري ( الطبعة الأولى ) .

٢٣ - تنقيح الفصول - لشهاب الدين أحمد القرافي المالكي ( ٦٨٤ ) . ٥

٢٤ - التحرير - للكمال بن الهمام الحنفي ( ٨٦١ ) . ٥

٢٥ - شرحه التقرير والتحير - للقاضي محمد ابن امير الحاج الحنفي ( ٨٧٩ ) . ٥

٢٦ - المستصفى - للامام أبي حامد محمد الغزالي ( ٥٥٥ ) . ٥ الطبعة الاولى  
الأميرية .

- ٢٧ - منار الأنوار - لحافظ الدين النسفي ( ٧١٠ ) هـ .  
 ٢٨ - شرحه - لعبد اللطيف ابن الملك .  
 ٢٩ - المواقات في أصول الشريعة للامام أبي اسحق ابراهيم الشاطبي ( ٧٩٠ ) هـ  
 طبعة المطبعة الرحمانية بتعليقات الشيخ عبد الله دواز .

#### ٤ - كتب الفقه الحنفي

- ٣٠ - الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - لغدري باشا المصري .  
 ٣١ - أدب الأوصياء - للفضيل بن علي الجمالي البكري المطبوع بهامش  
 جامع الفصولين .  
 ٣٢ - الاسعاف في أحكام الأوقاف - لبرهان الدين ابراهيم بن موسى  
 الطرابلسي طبعة بولاق سنة / ١٢٩٢ هـ .  
 ٣٣ - الأشباه والنظائر - لزين العابدين ابراهيم بن نجيم المصري ( ٩٧٠ ) هـ  
 ٣٤ - شرحه « فخر ميون البصائر » لأحمد بن محمد الحموي  
 ٣٥ - اصول استماع الدعوى - للعلامة علي حيدر ترجمة الأستاذ فاضل الحوري .  
 ٣٦ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - للامام علاء الدين أبي بكر ابن  
 مسعود الكاساني ( بالسين المهمة أو بالشين المعجمة ) ( ٥٨٧ ) هـ .  
 ٣٧ - البحر الرائق - لزين العابدين ابراهيم بن نجيم المصري ( ٩٧٠ ) هـ .  
 ٣٨ - بهجة المشتاق لاحكام الطلاق - محمد بن عبد الرحمن الخلاوي المصري .  
 ٣٩ - تأسيس النظر - للامام أبي زيد عبيد الله الدبوسي ( ٤٣٠ ) هـ .  
 ٤٠ - تبين الحقائق - لفضل الدين عثمان بن علي الزيلعي ( ٧٤٣ ) .  
 ٤١ - تنقيح الفتاوى الحامدية - للعلامة محمد امين بن عابدين طبعة الكاسلية  
 ٤٢ - جامع احكام الصغار - للامام محمد بن محمود الاستروشني ( ٦٣٢ ) هـ .  
 ٤٣ - جامع الفصولين - لبدر الدين محمود بن اسماعيل المشهور بابن قاضي  
 سماوة ( ٨٣٢ ) هـ . طبعة الأزهرية التي بهامشها جامع احكام الصغار  
 وأدب الاوصياء .

- ١٤ - جواهر الروايات في الدعاوى والبيانات - للقاضي الشيخ محمد سليم البشتاوي .  
 ١٥ - الجوهر فشرح مختصر القدوري - لآبي بكر بن علي الحدادي (٨٠٠) هـ .  
 ١٦ - الحراج - للإمام آبي يوسف يعقوب بن إبراهيم صاحب أبي حنيفة (١٩٢) هـ .  
 ١٧ - الدور شرح القرو - للقاضي محمد بن فراموز من لا خسر و (٨٨٥) هـ . طبعة  
 احمد كامل في اسطنبول سنة / ١٣٢٩ .

( ٤٨ - ٤٩ ) الدور المختار لمحمد علاء الدين الحسكفي وحاشيته رد المختار  
 للعلامة محمد امين بن عابدين الطبعة الاولى الاميرية ذات القطع الكبير  
 سنة / ١٣٧٢ هـ ، وتكملتها دقرة عيون الاخيار ، لابنه الشيخ علاء  
 الدين طبعة الميمنية .

٥٠ - رسالة نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف لابن عابدين في  
 مجموع رسائله .

( ٥١ - ٥٢ ) السراجية ( او الفرائض السراجية ) - لسراج الدين محمد  
 بن محمد السجاوندي . وشرحها السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ( ٨١٤ ) هـ .  
 ٥٣ - شرح القواعد الكلية - لوالدي الشيخ احمد ابن الشيخ محمد الزرقاء  
 ( ١٣٥٧ ) هـ مخطوط في مكتبة المؤلف .

٥٤ - الطريقة الواضحة الى البيئة الراجعة ( او ترجيع البيئات ) - للعلامة  
 الشيخ محمود الجزاوي .

٥٥ - الفتاوى البزازية - لحافظ الدين محمد المعروف بابن البزاز الكردي ( ٨٢٧ ) هـ .  
 ٥٦ - الفتاوى الحانية - للإمام ضر الدين حسن الاوزجندي المعروف  
 بقاضي خان ( ٩٩٢ ) هـ .

٥٧ - الفوائد البية في القواعد والفوائد الفقهية - للشيخ محمود الجزاوي .  
 ٥٨ - القول الحسن في جواب القول لمن ؟ - لعطاء الله بن نوعي ( ١٠٣٨ ) هـ .  
 طبعة المطبعة الحبرية / ١٣٧٦ هـ .



- ٥٩ - المبسوط - لشمس الافقه محمد بن احمد السرخسي ( ٤٨٣ ) هـ .
- ٦٠ - مجامع الحقائق - ل محمد ابي سعيد الخادمي
- ٦١ - مجلة الاحكام الشرعية ( وهي القانون المدني الشرعي في المملكة العثمانية )
- ٦٢ - مرآة المجلة - للفقير مسعود اخندي مفتي قيصريه .
- ٦٣ - شرح المجلة - للعلامة الشيخ خالد الاقلمسي
- ٦٤ - شرح المجلة - للاستاذ سليم رستم الباز .
- ٦٥ - شرح المجلة - للعلامة علي حيدر ( تعريب الاستاذ فهمي الحسيني ) .
- ٦٦ - مرشد الخيران - للعلامة الفقيه محمد قدوري باشا المصري .
- ٦٧ - معين الحكام - لعلاء الدين علي المرغيناني ( ٥٩٣ ) هـ . طبعة الميمنية سنة / ١٣١٩ هـ / التي معها الشروح التالية :
- ٦٩ - العناية شرح الهداية - لكمال الدين بن المهام ( ٨٦١ ) هـ وتكملته
- ٧١ - الكفاية شرح الهداية - لجلال الدين الحوازمي الكرلافي
- ( ٥ ) - كتب فقہ المذاهب الأربعة ، والفقه المقارن
- ٧٢ - الاحكام السلطانية - لابي الحسن علي الماوردي الشافعي ( ٤٥٤ ) هـ .
- ٧٣ - الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام - لشهاب الدين احمد القرافي المالكي ( ٦٨٤ ) هـ .
- ٧٤ - الاشباه والنظائر - لجلال الدين السيوطي الشافعي ( ٩١١ ) هـ طبع مكة .
- ٧٥ - اعلام الموقعين - لشمس الدين محمد بن قيم الجوزية ( ٧٥١ ) هـ
- ٧٦ - الأم في بمنع الامام الشافعي .
- ٧٧ - الانصاف - لعلاء الدين علي بن سليمان المقدمي الحنبلي ( مخطوط ) هـ .
- ( ٧٨ - ٧٩ ) - انوار البروق في الفروق ( أو كتاب الفروق ) - لشهاب الدين القرافي المالكي ( ٦٨٤ ) هـ طبعة دار احياء الكتب العربية بمصر سنة / ١٣٤٧ / هـ حاشيته « ادرار الشروق » بقلم بن عبد الله الشهير

بابن الشاط ( ٧٢٣ ) هـ وتعليقه المسمى « تهذيب الفروق » ، لحمد علي  
ابن حسين المسكي المالكي .

٨٠ - بدآية المجتهد - . للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد ( ٥٩٥ ) هـ  
طبعة الجمالية بمصر سنة / ١٣٢٩ هـ .

٨١ - تبصرة الأحكام - لبوهان الدين ابراهيم الشير بابن فرحون اليعمري  
المالكي ( ٧٩٩ ) هـ .

٨٢ - رسالة الأهلية وعوارضها والولاية - . للعلامة المرحوم الشيخ أحمد  
ابراهيم أستاذ الشريعة في كلية الحقوق بجامعة القاهرة .

٨٣ - رسالة العقود والشروط - . للعلامة المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم أيضاً .  
٨٤ - السياسة الشرعية - . للاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف أستاذ الشريعة  
في كلية الحقوق بجامعة القاهرة .

٨٥ - شرح الأزهار في فقه الشيعة الزيدية .

٨٦ - الشافي شرح المنع ( أو الشرح الكبير ) - لشمس الدين عبدالرحمن  
ابن محمد الشير بابن قدامة لمقدسي ( ٦٨٢ ) هـ المطبوع مع المغني  
بمطبعة المنار .

٨٧ - شرح المنظومة الرحبية في الفرائض على المذهب الشافعي لحمد بن أحمد  
البيط المارديني ( ٨٠٩ ) هـ .

٨٨ - فتاوى شيخ الاسلام نقي الدين أبي العباس أحمد الشير بابن  
تيمية ( ٧٢٨ ) هـ .

( ٨٩ - ٩٠ ) الفروع - لحمد بن مفلح الحنبلي وحاشيته « تصحيح الفروع » ،  
لعلي المقدسي طبعة المنار .

٩١ - الفقه على المذاهب الأربعة .

٩٢ - قاعدة العقود - لابن تيمية مخطوط ، ثم طبع أخيراً في مصر تحت  
اسم « نظرية العقد »

- ٩٣ - القواعد - لعبد الرحمن بن رجب الحنبلي ( ٧٩٥ ) . هـ .  
 ٩٤ - قواعد الأحكام - لعز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام الشافعي ( ٦٦٠ ) . هـ .  
 ٩٥ - كشف القناع لمصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، شرح الاقناع ( ١٠٥١ ) . هـ .  
 ٩٦ - المدونة في مذهب الامام مالك .  
 ٩٧ - معالم القرية في أحكام الحسبة - ل محمد بن محمد المعروف بابن الإخوة الشافعي ( مطبعة دار الفنون في كمبودج ) .  
 ٩٨ - المغني شرح مختصر الحرقي - لموفق الدين عبد الله بن أحمد الشيرازي بن قدامة الحنبلي المقدسي ( ٦٢٥ ) هـ المطبوع مع الشرح الكبير بمطبعة المنار .  
 ٩٩ - نظام النفقات في الشريعة الاسلامية - للعلامة المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم .  
 ١٠٠ - نهاية المحتاج شرح منهاج النووي - لشمس الدين الرملي الشافعي ( ١٠٠٤ ) . هـ .

## ٦ - كتب تاريخ التشريع وفقه الاسلامي

- ١٠١ - تاريخ التشريع الاسلامي - للاستاذة : السبكي والسايس والبربري ، المدرسين في كلية الشريعة بالأزهر .  
 ١٠٢ - تاريخ التشريع الاسلامي - للشيخ محمد الحصري .  
 ١٠٣ - نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي - لعلي حسن عبد القادر الأستاذ في كلية الشريعة بالأزهر .

## ٧ - مؤلفات عصرية في الشريعة الاسلامية

- ١٠٤ - القصاص في الشريعة الاسلامية - للدكتور محمد ابراهيم أحمد ( رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ) .  
 ١٠٥ - مذكرة الالتزامات في الشرع الاسلامي - للاستاذ العلامة الشيخ أحمد ابراهيم .  
 ١٠٦ - النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية - الدكتور شفيق شعاعه أستاذ القانون المدني في كلية الحقوق بالقاهرة ( رسالة دكتوراه )

## ٨ — كتب القانون والفقه المصنفي

- ١٠٧ — الأهلية والمجانس الحسية — للحامي الأستاذ محمد هاشم المصنفي المصري .  
١٠٨ — التفتين المدني المصري ( المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري الجديد ) — لجمال الدين العطيفي .  
١٠٩ — الحقوق الرومانية — للاستاذين الفرنسيين مونييه وجيفار ( باللغة الفرنسية )  
١١٠ — الحقوق الرومانية — للاستاذ الدكتور محسن البرازي .  
١١١ — دروس القانون المدني الافرنسي — للاستاذين الفرنسيين كولان وكايتان ( باللغة الفرنسية ) .  
١١٢ — شرح القانون المدني المصري القديم — للاستاذ فتحي زغلول باشا .  
١١٣ — القانون المدني المعاصر ( نظرية الالتزامات ) — للدكتور محسن شفيق الاستاذ في كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية .  
١١٤ — القانون المدني المقارن ( عقد البيع ) — للدكتور محسن شفيق أيضاً .  
١١٥ — موجز الحقوق المدنية الافرنسية — اصدار مكتبة دارالوزن ( باللغة الفرنسية ) .  
١١٦ — الموجز في نظرية الالتزامات — للاستاذ الكبير عبد الرزاق السنهوري .  
١١٧ — نظرية العقد — للاستاذ عبد الرزاق السنهوري أيضاً .

## ٩ — كتب اللغة والنحو

- ١١٨ — أساس البلاغة — للعلامة محمود بن عمر الزغشري ( ٥٣٨ هـ ) .  
١١٩ — التعريفات .. للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ( ٨١٤ هـ ) .  
( ١٢٠ - ١٢١ ) شرح ألفية ابن مالك — لعلي بن محمد الأثموني وحاشية الصبان عليه .  
١٢٢ — شفاء الغليل فيما في كلام العرب من الدخيل — لشهاب الدين أحمد الخفاجي ( ١٠٩٦ هـ ) .  
١٢٣ — غريب القرآن — لأبي محمد بن عزيز الجستاني ( ٣٤٠ هـ ) .  
١٢٤ — القاموس المحيط — لمجد الدين الفيروز ابادي .

١٢٥ - لسان العرب - لجمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور  
٥ ( ٧١١ )

١٢٦ - المصباح المنير - لأحمد بن محمد الفيومي ( ٧٧٠ ) ٥ .

١٢٧ - المغرب - لأبي منصور موهوب بن أحمد الجواليقي ( ٥٤٠ ) ٥ .

١٢٨ - مفردات ألفاظ القرآن - لأبي القاسم الحسن بن محمد الشيرازي بالراغب  
الأصفهاني .

١٢٩ - النهاية في غريب الحديث - لجد الدين المبارك الشيرازي بابن الاثير  
٥ ( ٦٠٦ )

### ١٠ - كتب الأدب والتاريخ

١٣٠ - الاصابة في تميز الصحابة - للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني ( ٨٥٢ ) ٥ .

١٣١ - البيان والتبيين - لعمر بن بحر الجاحظ ( ٢٢٥ ) ٥ بشرح السندوني .

١٣٢ - تاريخ آداب اللغة العربية - للعلامة بروكلمن ، ( الأصل والذيل  
بالألمانية ) .

١٣٣ - تاريخ الأمم والملوك - لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ( ١٣٠ ) ٥ .

١٣٤ - جمهرة رسائل العرب للاستاذ أحمد زكي صفوة المصري ( معاصر ) .

١٣٥ - خلاصة الذهب المسبوك المختصر من سير الملوك - لعبد الرحمن  
سبط الاربلي .

١٣٦ - سيرة عمر بن الخطاب - للاستاذين القاضي الأخوين علي وتاجي  
الطنطاوي .

١٣٧ - شذرات الذهب في أخبار من ذهب - لعبد الحفي بن العماد الحنبلي  
٥ ( ١٠٨٩ )

١٣٨ - عيون الأخبار لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة ( ١٧٦ ) ٥ .

١٣٩ - فتوح البلدان - لأبي الحسن أحمد بن يحيى البلاذري ( ٢٧٩ ) ٥ .

١٤٠ - الفوائد البية في تراجم الخفية - لعبد الحفي الكنتوي .

- ١٤١ - قاموس الاعلام - خير الدين الزركلي ،  
 ١٤٢ - الكامل - لأبي العباس محمد بن يزيد المبرد ( ٢٨٥ ) .  
 ١٤٣ رسالة محاسن المساعي في ترجمة الامام الأوزاعي ، ( بتحقيق  
 وتقديم الأمير شبيب أرسلان ) .  
 ١٤٤ - الملل والنحل - لأبي الفتح محمد الشهرستاني ( ٥٤٨ ) .  
 ١٤٥ - بقعة العرب - لجورج أنطونيوس ( تعريب الأستاذ حيدر الركابي ) .  
 ١١ - مؤلفات أخرى ذات صلة

- ١٤٦ - الاعتصام - للامام أبي اسحق ابراهيم الشاطبي صاحب الموافقات .  
 ١٤٧ - الاموال - للامام الكبير الحافظ أبي عبيد القاسم بن سلام ( ٢٢٤ ) .  
 ١٤٨ - الطرق الحكمية لابن القيم ( ٧٥١ ) .

## ١٢ - المؤلفات المهرية التي صرحت « أو اطلعنا عليها »

بعد الطبعة الثانية من هذا المرحل

واستندنا الى شيء منها في الطباعات التي بعدها

- ١٤٩ - الحق والذمة وتأثير الموت فيها - للأستاذ الشيخ علي الخفيف استاذ  
 الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق بجامعة القاهرة الطبعة الاولى  
 ١٥٠ - أبو حنيفة ( امام المذهب ) - للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة أستاذ  
 الشريعة الاسلامية بمصر ( طبع دار الطباعة والنشر ) .  
 ١٥١ - مالك ( امام المذهب ) - للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة أيضاً .  
 ١٥٢ - الشافعي ( امام المذهب ) - للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة أيضاً .  
 ١٥٣ - ابن حنبل ( امام المذهب ) - للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة أيضاً .  
 ١٥٤ - تاريخ الفقه الاسلامي - اصدار كلية الشريعة في الازهر ( مطبعة  
 وادي الملوك )

١٥٥ - رسالة « تعليل الاحكام » للاستاذ محمد مصطفى شليي المدرس في

كلية الشريعة بالازهر ( رسالة لقب استاذية في الفقه الاسلامي )

١٥٦ - رسالة « العرف والعادة في رأي الفقهاء » - للاستاذ احمد فهمي

ابي سنة المدرس في كلية الشريعة بالازهر ( رسالة لقب استاذية في

الفقه الاسلامي

١٥٧ - فقه القرآن والسنة في القصاص - للاستاذ الشيخ محمود شلتوت من

أعضاء هيئة كبار العلماء بمصر

١٥٨ - الفكر السامي في تلويف الفقه الاسلامي - للاستاذ محمود بن الحسن

الحجوي الفاسي وزير المعارف والعدلية بالرباط في المغرب .

١٥٩ - مقدمة الاستاذ الفرنسي ( دو نديو دو فابر ) لرسالة المسؤولية الجزائية

في الشريعة الاسلامية - للدكتور انور ابراهيم بلشا الاستاذ في كلية

الحقوق بدمشق ( باللغة الفرنسية ) .

١٦٠ - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - للاستاذ الدكتور عبد الرزاق

احمد السنهوري .

١٦١ - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية - للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة .

١٦٢ - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية - للاستاذ

الدكتور صبحي المحمصاني من بيروت

١٦٣ - نقد مشروع القانون المدني المصري الجديد ، وطلب استمداده من

فقه الشريعة الاسلامية بمذاهب المختلفة مع نموذج لكتاب العقد من

القانون مستمداً من الفقه الاسلامي ( وضع جماعة من علماء القانون

والشريعة الاسلامية في كلية الحقوق بجامعة القاهرة الطبعة الاولى )

### ( ١٣ ) — المحاضرات والمحاضرات المفصورة

محاضرة بعنوان « قضاء الجماعة وقضاء الفرد » للكاتب المؤرخ الكبير

رفيق بك العظم منشورة في كراسة مستقلة .

- ١٦٤ - مقالة بعنوان « الشريعة الإسلامية مصدر صالح للتشريع الحديث » -  
 للاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف منشورة في مجلة القانون والاقتصاد  
 المصرية ( السنة / ١٠ / العدد / ٣ ) .
- ١٦٥ - مقالة بعنوان : « من مجلة الاحكام العدلية الى القانون المدني العراقي »  
 للاستاذ عبد الرزاق السنهوري منشورة في مجلة القضاء ببغداد ( السنة ٢  
 العدد / ١ - ٢ ) في صفر ١٣٥٥ هـ = ايار ١٩٣٦ م ، ومنقولة عنها  
 في مجلة نقابة المحامين بدمشق ( السنة الاولى ، العدد / ٦ - ٧ ) .



## ( ٤ )

### فهرس الموضوعات بحسب ترتيبها في الكتاب

الصفحة	الفقرة
٣	مقدمة الطبعة الثالثة بمناسبة صدور القانون المدني خلالها
١١	تقدمة الكتاب ، وخططه
١٩	الرموز والاصطلاحات
<h3>الجزء الأول</h3> <h3>القسم الاول</h3>	
<p>مقدمة ب. بنية وتاريخية عن الفقه الاسلامي ومصادره</p>	
٢٥	الباب الأول : تمهيد وتعريف وتقسيم
٢٥	١ « الفصل الاول » : تمهيد
٥٤	٢ « الفصل الثاني » : معنى الفقه وأقسام احكامه .
٦٠	٥ الباب الثاني : مصادر الفقه الاسلامي
٦٠	٥ « الفصل الاول » : المصادر الاسلامية : ( الكتاب ، السنة
	والاجماع ، والقياس )
٧٦	١٣ « الفصل الثاني » . المصادر التبعية : ( الاستحسان ،
	والاستصلاح ، والعرف )

الصفحة	الفقرة
٧٧	١٤ ( الفروع الاول ) : الاستحسان وانواعه
٩٠	١٣ ( الفروع الثاني ) : الاستصلاح ، والمصالح المرسلة
١٣٠	٣٦ ( الفروع الثالث ) : العرف
١٣٩	٤٢ « الفصل الثالث » : الترتيب التاريخي والاعتباري لمصادر الفقه الاسلامي
١٤٢	٤٤ الباب الثالث : بدء توسع الفقه الاسلامي وتطوره
١٤٦	٤٥ الباب الرابع : ادوار تطور الفقه الاسلامي وميزاته في كل منها ، وتحته سبعة فصول تبحث في سبعة ادوار
١٤٨	٤٦ الدور الفقهي الاول : عصر النبوة
١٥٦	٤٩ الدور الفقهي الثاني : عصر الراشدين الى منتصف القرن الاول
١٦٦	٥٠ الدور الفقهي الثالث : من منتصف القرن الاول الى اوائل الثاني ( وفيه نشوء مدرستي اهل الحديث وأهل الرأي )
١٧١	٥٨ الدور الفقهي الرابع : من اوائل القرن الثاني الى منتصف الرابع ، وفيه نشوء المذاهب الاربعة وسواها ، وتدوين الفقه ، وتقييد القواعد الفقهية )
١٧٦	٦٠ الدور الفقهي الخامس : من منتصف القرن الرابع الى منتصف السابع ( وفيه الافتاء باقتفال باب الاجتهاد ورأبنا فيه ، واشتداد التعصب المذهبي . والمناظرات الفقهية ، وظهور كتب الفتاوى )
١٨٦	٦٥ الدور السادس : من منتصف القرن السابع الى ظهور المجلد سنة ١٢٨٣ / هـ ( وفيه سادت طريقة المتون وكثرت كتب الفتاوى وبدأ صدور الارادات السلطانية في العهد العثماني ، وبدأت في آخره حركة لتقنين القوانين )

الصفحة	الفقرة
١٩٦	٧٢ الدور الفقهي السابع من ظهور المجلة الى اليوم ( وفيه بحث ظهور المجلة وسببه ، واتساع دائرة التفتين وعوامله ، ورأينا فيه ، ثم الاتجاه المصري الى الاستفادة من الفقه الاسلامي كافة يجمع مذاهبه )

٢١١	٨٥ الباب الخامس : دفع توهم عن اختلاف الاجتهادات ، ومزية الصفة الدينية في الفقه الاسلامي وأمثلة موضحة لضرورة اختلاف الاجتهادات وقيمتها
-----	---

٢٢٤	٩٢ الباب السادس : قانوننا المدني المنتظر وفضل بنائه من الفقه الاسلامي
-----	---

٢٢٩	٩٤ بعض مقررات المؤتمرات القانونية الدولية ، وشهادة أقطاب القانون حول مزايا الفقه الاسلامي ، ومرونته وسعته ، وقيمتها الحادثة ، وقابليته لوفاء الحاجات التشريعية على مدى العصور
-----	---

## القسم الثاني

٢٣٧	التنظيرات افقرية اساسية في صياحي اوصحكام
٢٣٩	١٠٠ الباب الاول : نظرية الملكية في الفقه الاسلامي
٢٤٠	١٠١ الفصل الاول : تعريف الملك وبيان اسبابه
١٤٢	١٠٢ اسباب الملكية ( احرار المباحات ، العقود ، الخلفاء ، التوليد من المملوك )
٢٥٥	١٠٩ الفصل الثاني : تقسيم الملك وتقسيم اسبابه
٢٥٧	١١٠ تقسيم الملك من حيث المحل ( ملك العين والمنفعة والدين والحقوق )
٢٦١	١١٤ تقسيم الملك من حيث الصورة ( الملك المتميز والشائع )

الصفحة	الفقرة
٢٦٩	١١٨ « الفصل الثالث » : خصائص الملكية .
٢٨٣	١٢٩ « الفصل الرابع » : الفرق بين التملك والاباحة وبين ملك المتفعة وحق الانتفاع
٢٨٨	الباب الثاني : نظرية العقود في الفقه الاسلامي
٢٨٨	١٣١ « الفصل الاول » معلومات تمهيدية عامة
٢٨٨	١٣١ ( الفروع الاول ) - بعض ايضاحات ومعارف ولحة تاريخية عن العقد
٢٠٩	١٣٧ ( الفروع الثاني ) - ايضاح خمسة مفاهيم ضرورية ( الركن ، السبب ، العلة ، الشرط ، المانع )
٣١٢	« الفصل الثاني » تكوين العقد وما اليه
٣١٢	١٤٥ ( الفروع الاول ) : قوام العقد ( العاقد ، والمحل ، والموضوع ، والركن )
٣١٨	١٥١ ( الفروع الثاني ) : صيغة العقد وما اليها
٣٢٦	١٥٦ انعقاد العقد بالكتابة وبالإشارة وبالدلالة
٣٢٩	١٥٩ انواع الدلالة ( التعاطي ، ولسان الحال )
٣٣٦	١٦٣ العقود العينية التي يجب لتمامها القبض
٣٤٠	١٦٤ ( الفروع الثالث ) : الشروط السبع العامة لانعقاد العقود : ( اهلية العاقد ، وقابلية المحل ، النع ... )
٣٥١	( الفروع الرابع ) : الارادة العقدية
٣٥١	١٧٣ « البحث الاول » اقسام الارادة ( الارادة الباطنة ، والظاهرة )
٣٥٥	١٧٦ « البحث الثاني » : خفاء الارادة الحقيقية ، وانتفاؤها والاشتباه فيها
٣٥٧	١٧٧ المطلب الاول - صورية العقود ( المراضعة بانواعها ، والمزل )
٣٦٤	١٨٣ المطلب الثاني - شوائب الارادة ، او عيوب الرضى
٣٦٦	( الشبهة الاولى ) : في عيوب الرضى المرافقة لتكوين العقد
٣٦٦	١٨٤ ( ١ ) - الاكراه

الصفحة	الفقرة
٣٧٤	١٨٦ ( ٢ ) - الحلاية ( الحيانة ، والتناجش ، والتفريغ ، وتدليس العيب )
٣٨٥	١٨٨ خلاصة حكم الحلاية بوجه عام
٣٨٧	١٨٩ حكم القين المجرى ومستثنياته
٣٩٠	٣ - ( ) - الخلط ( وفيه مباحث هامة جديدة )
٤٠٧	١٩٢ ( الشبهة الثانية ) : في عيب الارادة الناشئ بسبب طارىء وهو
	اختلال التنفيذ ، وفيه ( تفرق الصفقة ، عيب المبيع غير المدلس ،
	ظهور المبيع موهوناً او مأجوراً . امتناع العاقد عن الوفاء )
٤١٤	١٩٢/٦ ملاحظات : حول عيوب الرضى
٤١٧	١٩٣ « الفصل الثالث » : آثار العقد وما إليها
	( الفروع الاول ) : النفاذ
٤١٨	١٩٤ « البحث الاول » ( وفيه بحث عن نظرية التوقف وانواع
	العقود الموقوفة وانواع المانع من النفاذ وغير ذلك )
٤٢٩	١٩٤/٧ « البحث الثاني » : مدى نفاذ العقود على الاشخاص
٤٣٥	١٩٥ ( الفروع الثاني ) : الالتزام وال لزوم
٤٣٦	١٩٥/٢ « البحث الاول » : الالتزام ( معنى الالتزام في اصطلاحنا
	هذا انشاء الالتزامات ) وفيه بحث عن الالتزامات العقدية
	والتفريق بينها وبين الحكم الاصلي للعقد وبيان النتائج الهامة
	لهذا التفريق .
٤٤٤	١٩٥/٨ « البحث الثاني » : اللزوم
٤٤٤	١٩٦ المطلب الاول - متى تثبت صفة اللزوم للعقد ( خيار المجلس
	واختلاف الاجتهادات فيه )
٤٤٨	١٩٧ المطلب الثاني - نظرية عدم اللزوم والعقود غير اللازمة
٤٤٨	١٩٨ ( الشبهة الاولى ) عدم اللزوم يقتضى طبيعة العقد ، وانواعه
	الثلاثة ، وعقد الاستصناع

الصفحة	الفقرة
٤٥٧	٢٠٣ ( الشعبة الثانية ) : ساء اللزوم عن العقود اللازمة ( حالات الفساد ، والاكره ، والخيارات العقدية )
٤٦١	٢٠٩ ( الفروع الثالث ) : سلطان الارادة العقدية
٤٦٥	٢١١ « البحث الاول » : سلطان الارادة العقدية في الفقه الاسلامي
٤٦٦	٢١٢ المطلب الاول - سلطان الارادة العقدية في نصوص الشريعة
	وفي الاجتهادات الاسلامية
٤٦٦	٢١٢ ( الشعبة الاولى ) - نصوص الشريعة في سلطان الارادة العقدية
٤٧٢	٢١٧ ( الشعبة الثانية ) - الاجتهادات الاسلامية في سلطان الارادة
٤٧٦	٢١٨ ( أولاً ) - الاجتهادات التي تمسكت بنظرية مقتضى العقد
٤٧٩	٢٢٠ ( ثانياً ) - الاجتهادات التي ترى ان حرية الشروط العقدية هي الاصل ( مذهب القاضي شريح ، وابن شبرمة ، وابن حنبل ، ومستنداتهم من نصوص الشريعة ) .
٤٨٥	٢٢٥ مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الارادة العقدية اجمالاً
٤٨٧	٢٢٧ النواحي الست العملية التي تتجلى فيها مزايا المذهب الحنبلي
٥٠٠	٢٣٨ المطلب الثاني - انواع الشروط العقدية ( التعليق ، التقييد ، الاضافة ) .
٥٠٣	٢٤٠ ( الشعبة الاولى ) : مجمل الانظار الفقهية في التعليق على الشرط ، وفي التقييد بالشرط ، والاضافة .
٥٠٨	٢٤٦ ( الشعبة الثانية ) : الفوارق بين مقتضيات التعليق والتقييد والاضافة
٥١١	٢٤٩ ( الشعبة الثالثة ) : قابليات انواع التصرفات والعقود لانواع الشروط
٥١٥	٢٤٣ « البحث الثاني » : سلطان الارادة العقدية في الفقه الاجنبي

الصفحة	الفقرة
٥٢٤	٢٦٠ الفصل الرابع : انحلال العقد ( الفسخ والانفساخ )
٥٢٨	٢٦٣ الاستاد والاقتصار ( اي الاثر الرجعي وعدمه ) في انحلال العقد
٥٣٤	٢٦٤ الفرق بين انحلال العقد وانقضاء الالتزام
٥٣٧	٢٦٦ الفصل الخامس : تقسيم العقود ، وعرضها ، وتصنيفها
٥٣٧	٢٦٧ ( الفروع الاول ) - تقسيم العقود وعرض لموضوعاتها واصطلاحاتها
٥٦٧	٢٩٤ ( الفروع الثاني ) - تصنيف العقود من اثني عشر وجهاً

### الجزء الثاني

٥٩١	الباب الثالث: نظرية المؤيدات الشرعية في الفقه الاسلامي
٥٩١	٣٠٧ الفصل الاول : منشأ المؤيدات وتعريفها وتقسيمها
٦٠٤	٣١٥ الفصل الثاني : المؤيدات التأديبية
٦٠٥	٣١٦ ( الفروع الاول ) - العقوبات المقدرة ( الحدود والقصاص )
٦٢٦	٣٢٢ ( الفروع الثاني ) - العقوبات المفوضة ، والتعزير
٦٤٠	٣٤١ ( الفصل الثالث ) المؤيدات المدنية
٦٤١	٣٤٢ ( الفروع الاول ) - نظرية البطلان ( تعريف البطلان ومنشأ فكرته ( الوجود الفعلي ، والوجود الاعتباري )
٦٤٩	٣٤٦ تجديد سبب البطلان ، وقابليته للتجزؤ ، والفرق بين بطلان العقد وانفساخه
٦٥٥	٣٥٠ نتائج البطلان والحالات الاستثنائية التي للعقد الباطل فيها أثر معتبر
٦٧٢	٣٦٢ ( الفروع الثاني ) - نظرية الفساد ، معنى الفساد ومنشأ نظريته ، وبسبب الاختلاف فيها
٦٨١	٣٦٧ التصرفات التي يفتقر فيها الفساد عن البطلان
٦٨٧	٣٧٠ تعريف الفساد ، واسبابه العامة ( الجهالة ، الغرر ، الاكراه )

الصفحة	الفقرة
٦٩٧	٣٠٧ نتيجة الفساد ، وما إليها من مباحث
٧٠٩	٣٨٦ موقف القانون من الفساد
٧٢٣	٣٩٤ وأينا في نظرية الفساد
٧٢٥	٣٩٥ نظرية البطلان في الفقه الاجنبي وتقدها
٧٣٤	٤٠١ الباب الرابع : نظرية الاهلية والولاية
٧٣٤	٤٠١ «الفصل الاول» - مبنى الاهلية، تعريفها، وانواعها، ومراحلها
٧٣٤	٤٠٢ ( الفرع الاول ) - مبنى الاهلية وتعريفها
٧٣٩	٤٠٦ ( الفرع الثاني ) انواع الاهلية (اهلية الموجوب، واهلية الاداء
٧٤٣	٤١٣ تقسيم الانفعال بالنسبة الى الاهليات
٧٤٦	٤١٤ ( الفرع الثالث ) - مراحل اهلية الانسان بحسب أطوار حياته
٧٤٧	٤١٦ الطور الاول - طور الاجتئان
٧٥١	٤١٩ الطور الثاني - طور الطفولة
٧٥٤	٤٢٣ انواع الالتزامات التي يعتبر أهلها
٧٥٩	٤٢٧ الطور الثالث - طور التمييز
٧٦١	٤٣٠ اهلية الاداء الدينية ، واهلية الاداء المدنية
٧٦٣	٤٣١ تقسيم تصرفات الصغير المميز الى ثلاثة انواع
٧٦٩	٤٣٧ الاذن للصغير المميز بالتجارة واحكامه
٧٧٥	٤٤٤ ملاحظات هامة -- حول حق اجازة بعض تصرفات الصغير
٧٧٧	٤٤٥ الطور الرابع - طور البلوغ وخصائصه
٧٨١	٤٤٨ الطور الخامس طو الرشد ( بلوغ العقل بعد بلوغ الجسم )
٧٨٦	٤٥١ تحديد سن الرشد ، وموقف الشريعة والقوانين فيه
٧٩٩	٤٦٠ ( الفصل الثاني ) - عوارض الاهلية
٨٠٣	٤٦٢/٢ «موضع الموت» - تعريفه ونظريته في الشريعة



الصفحة	الفقرة
٨٠٧	٣/٤٦٢ المديونية : تأثيرها في الاهلية في نظر متأخري الفقهاء
٨١١	٤٦٣ تنبيه هام : حول ذكر الفقهاء طائفة من عوارض الاهلية لا يجوز عدّها منها
٨١٦	٤٦٤ « الفصل الثالث » . الولاية او النيابة الشرعية
٨١٨	٤٦٧ الولاية على النفس وعلى المال . اجتماعها وانفصالها
٨٢٣	٤٧٠ قوة الولاية وضعفها وتوزيعها بحسب ذلك على الاولياء
٨٢٨	٤٧٤ تنبيه هام : حول التركيز العلمي الجديد في عرضنا لنظرية الاهلية في الشريعة بصورة حلت مشكلاتها .
٨٣٢	٤٧٥ الباب الخامس : نظرية العرف
٨٣٣	« الفصل الاول » : لمحة عامة ، وتعريف ، وتقسيم
٨٣٣	٤٧٦ ( الفروع الاول ) : منشأ العادة والعرف ، وتعريفها والنسبة بينها
٨٤٤	٤٨٦ ( الفروع الثاني ) : تقسيم العرف ( العرف اللفظي والعملي ، العرف العام والخاص )
٨٥٠	( الفصل الثاني ) : سلطان العرف في الاحكام ، وشرائط اعتباره
٨٥٠	٤٩١ ( الفروع الاول ) : سلطان العرف ( سلطان العرف اللفظي ، و سلطان العرف العملي في الافعال العادية ، وفي المعاملات المدنية )
٨٧٢	٥٠٢ ملاحظة : الاحكام المبنية على العرف تتبدل شرعاً بتبدله
٨٧٣	٥٠٣ ( الفروع الثاني ) : شرائط اعتبار العرف
٨٨٢	٥٠٨ « الفصل الثالث » : مخالفة العرف للدالة الشرعية
٨٨٤	٥١٠ ( الفروع الاول ) : حالة احطدام العرف بنص تشريعي خاص
٨٨٩	٥١٤ استثناء النص العرفي
٨٩٣	٥١٦ ( الفروع الثاني ) : حالة تعارض العرف مع نص تشريعي عام
٨٩٣	٥١٧ الفرق في ذلك بين العرف المقارن لورود النص والحادث بعده

الصفحة	الفقرة
٩٠٤	٥٢٤ العرف الذي تزول به علة النص المعارض يعتبر ولو كان حادثاً ( وشواهد الفقهية )
٩١٣	٥٣١ ( القواعد الثلاث ) : حالة تعارض العرف والاجتهاد
٩١٧	٥٣٤ «الفصل الرابع» مقارنة العرف بالقرائن العرفية واختلاف الزمان
٩١٨	٥٣٥ ( القواعد الثلاث ) القرائن العرفية ، وفيه تقسيم القرائن الى انواع ودرجات
٩١٩	٥٣٦ درجات اعتماد الفقه على القرائن بأنواعها ، وامثلة ذلك
٩٢٣	٥٣٩ ( القواعد الثاني ) : العرف وتغير الزمان ؟
٩٢٤	٥٤٠ ماهي الاحكام التي يجب تغييرها بتغير الزمان ؟
٩٢٦	٥٤١ عوامل تغير الزمان نوعان : فساد ، وتطور ؛ ومدى تأثير كلا النوعين في تغير الاحكام القضائية
٩٣٧	٥٥٣ نصوص رائعة لفقهاء المذاهب في ان الجود على المتقلات الاجتهادية خلال في الدين

### القسم الثالث

٩٤٥	القواعد الكلية في الفقه الاسلامي
٩٤٦	٥٥٦ «باب الاول» : وفيه فصلان عن معنى القواعد، ومكانتها الفقهية ، ولحة تاريخية عن حركة تقعيد القواعد في تاريخ الفقه الاسلامي وتدوينها
٩٦٥	«باب الثاني» : عرض وشرح القواعد الكلية في المجلة وتصنيفها الى اساسية وفرعية ، وفيه فصلان :
٩٦٥	٥٧٢ «الفصل الاول» : عرض القواعد كلها مع شرح موجز لكل منها

الفصل	الفرقة
١٠٦٠	٦٧٢ « الفصل الثاني » : نظرية تحليلية مهمة في قواعد الاثبات ( المرجعات والمثبتات التضائية في الفقه الاسلامي ، بمناسبة القواعد المتضمنة نظام الاثبات )
١٠٧٧	٦٨٦ سود نعوص القواعد المتقدمة جميعاً من أساسية وفرعية مرتبة على حروف المعجم بحسب اوائل كلماتها مع الاشارة الى مواطنها في هذا الكتاب وفي المجلة تسليلاً لمراجعتها

#### خاتمة

١٠٨٢	٦٨٧ في قواعد اخرى يحسن اطلاقها بالقواعد السابقة ، مرتبة على حروف المعجم بحسب اوائل كلماتها
١٠٩٠	الفهرس الابجدي لهذا المدخل الفقهي العام بمجلديه
١١٣٨	فهرس الاعلام الواردة في هذا المدخل مع بيان مناسبات ورودها
١١٤١	ثبت المصادر التي رجعنا اليها ونقلنا عنها في هذا المدخل
١١٥٣	فهرس الموضوعات هذا

#### ملاحظة

تكرم الاستاذ الدكتور السيد ماجد الحلواني فساعدني في تنظيم  
هذه الفهارس ولاسيا الابجدي ، فله مزيد الشكر والتقدير.

## تصويبات في المجلد الأول

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٧	١٩	ينوه	ينوه
٢٦	٣	التشريعي	التشريع
٣٥	٩	للماعليك البلاغ	فالماء'يك البلاغ
٤٤	٢	للمألوفة	المألوفة
٤٨	١٠	فتواة	فتواه
٦٩	٢٠ ( هامش )	التاذن	التأذي
١٠٤	١٣	أما	إما
١٠٤	١٦	وأما	ولما
١٢٤	١٥	مجماعون	مجماعة
١٣٥	٢	نتيجة	نتيجته
١٨٢	١٨	التحميص	التمحيص
٢٢٨	١٦	قتبىء	قتبىء
٢٤١	١	شرعاً صاحبه	شرعاً يسوغ صاحبه
٢٨٥	٢٠	فو	فهو
٣٥١	١٦	الادارة	الارادة
٣٧٠	٩	بنوعية	بنوعيه
٣٦٨	١٣	-	- ١

## تصويبات في المجلد الثاني

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٥٩٥	١٩	ف ن	فإن
٦٢٢	١	احفو	الحفو
٦٢٦	١٦	هو	وهو
٦٢٧	١٧	ج ١	ج ٢
٦٣١	١٢	بقول	بقول
٦٣٤	١٨	٨٦	١٨٦
٦٥٤	١٠	مخالفة	مخالفة
٦٩١	١	المتعاقدين	المتعاقدين
٧٠٠	١٥	ر إ	ر :
٧٠٠	١٦	الحقيقة	الحنفية
٧٠٥	١٩	التصرفات	التصرفات
٧٠٧	١١	يمنتع	يمنتع
٧١٥	١٦	التقوم	التقوم
٧١٥	١٧	تفصل	تفصيل
٧٢٣	٦	قالبون	قانون
٧٣٠	٧	ف ٩٤	ف ١٩٤
٧٣٠	٩	به	بعد
٧٥٩	٢	طور	طور
٧٧٤	٢	لديه	لديه

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٧٩٧	١٢	المادة / ١٠٥	المادة / ١١٥
٨١٣	١٢	منة	منه
٨١٩	٣	ويه	ولاية
٨٢١	١٥	رفذ	رد
٨٢٢	٢	الوية	الولاية
٨٢٣	٤	الوية	الولاية
٨٢٥	٣	الاصل	الأصل
٨٢٥	١١	للاولياء	الأولياء
٨٢٩	١٢	إهلية	أهلية
٨٤٠	١٩	—	ص ١٠
٨٤١	١٨	وهر	وهر
٨٤٨	١٤	بخلافة	بخلانه

٨٦٠ يضاف في آخر الصفحة ما يأتي : « مايراد زرعه فيها » أو النصريح بأن

للمستاجر أن يزرع ماشاء ، وذلك

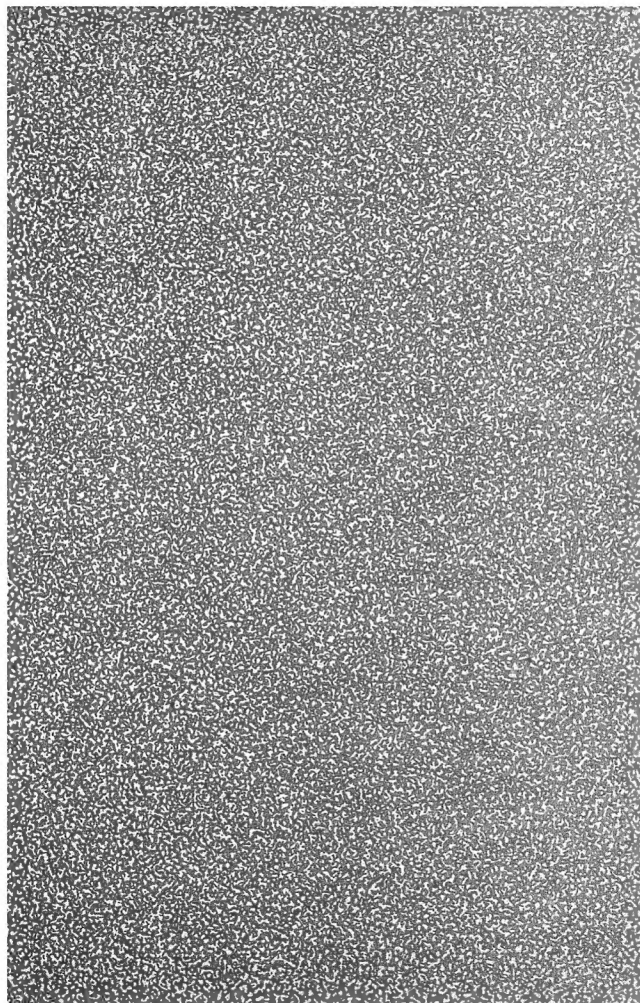
٨٦٢	١٤	الحادم	الحادم
٨٦٤	١٠	ضاماً	ضامناً
٨٨٠	٨	تنقيد	تنقيد
٨٨٠	١٥	ف ٥٧٠	ف ٥٠٧
٨٨٦	١٣	وكذلك	وكذلك
٩١٣	٣	— أو —	( أ )
٩١٥	٢٢	٩/	٣٩/
٩٢١	٢	أنه	إنه

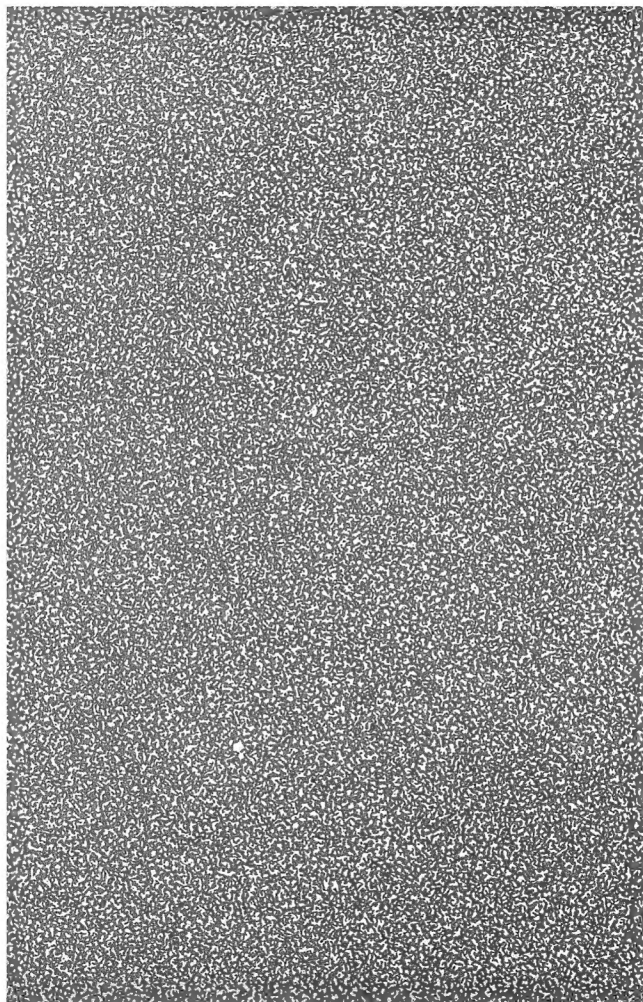
الصفحة	الطر	الخطأ	الصواب
٩٣٢	١٣	كضا	كضالة
٩٥١	١	(٣	(٢
٩٦٥	٧	٧٥٢	٥٧٢
٩٧٠	١٥	براء	براءة
٩٧٢	٦	ولا	لا
٩٧٤	٥	مواطن	موطن
١٠٤٤	٩	مالم الأمر	مالم يكن الأمر
١٠٤٧	٢	لامعنى	لامعنى القصد
١٠٦٥	١١	الثلاثة	الثلاثة
١٠٧٨	٢٠	إعما	إعمال
١٠٨١	٢٣	نفتقر	يفتقر
١٠٨٢	١٤	٦٧٨	٦٨٨
١٠٨٩	١٧	الجدير	الجديد
١١١٠	١٠	ونتيجة ما	ونتيجه هي ما
١١٣٠	٦	الفقة	الفقه
١١٤٠	٧	محمه	محملة
١١٤٣	٥	الفقه	الفقه
١١٤٤	١٤	سرح	شرح
١١٤٥	٢٣	١٣٤٧/هـ	١٣٤٧/هـ











Bibliotheca Alexandrina



0597392